This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

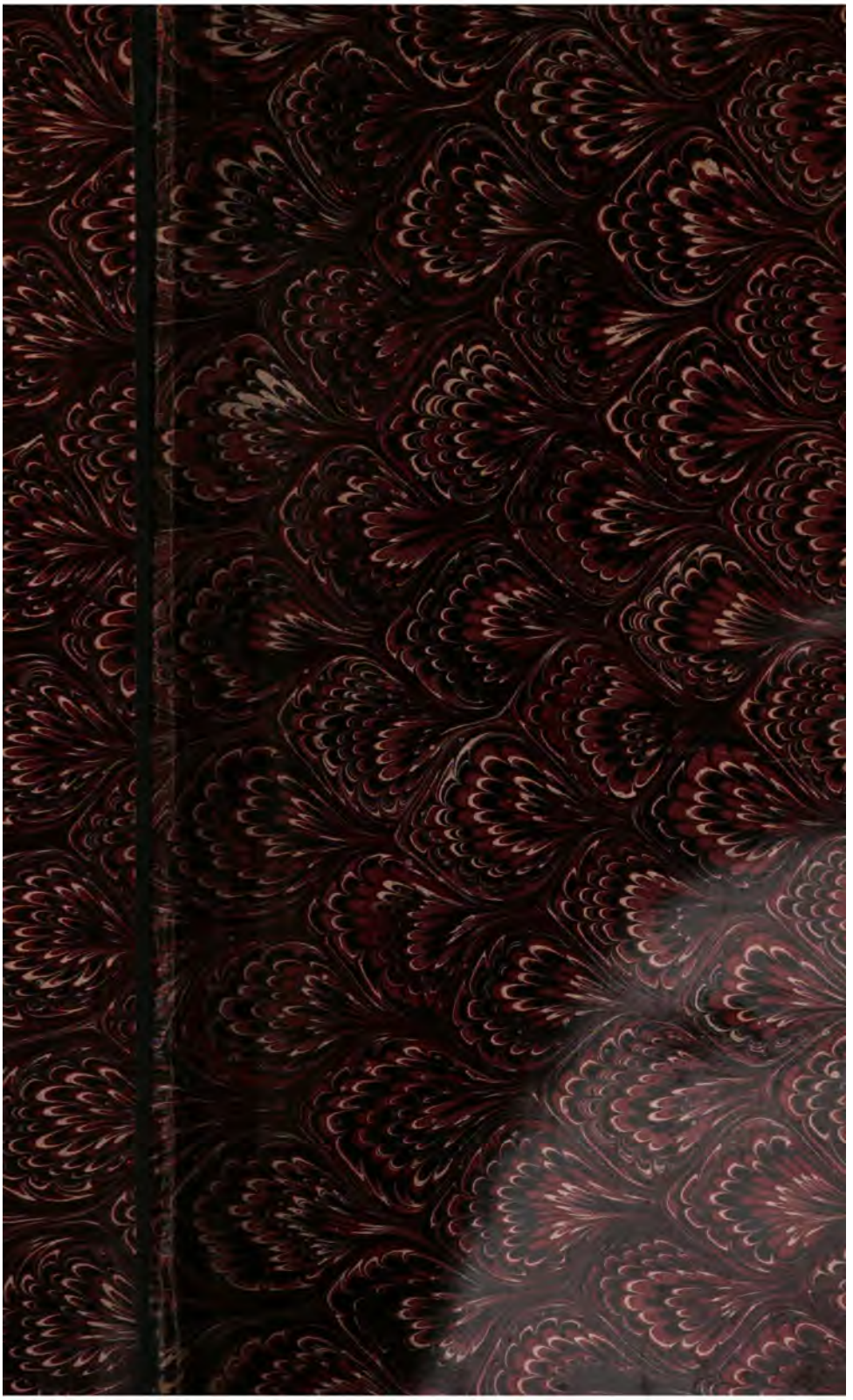
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 733 844

Received
Dec. 12, 1888.



Germany

Die

römische Servitutenlehre.

Die

römiſche Servitutenlehre

dargeſtellt

von

Dr. Rudolf Elvers.

Marburg.
Elwert'ſche Univerſitäts-Buchhandlung.
1856.

For Tx
E516

Rec. Dec. 12, 1888.

Vorrede.

Die Frage, ob und wie weit das römiſche Servitutenrecht in unſern Rechtszuſtänden zur Anerkennung und völligen Geltung gelangt ſei, war mir mehrfach entgegengetreten. Zu einer abſchließenden und auf erſchöpfende hiſtoriſche und praktiſche Unterſuchungen baſirten Beantwortung derſelben ſchien mir die Wiſſenſchaft nicht gelangt zu ſein, und ſo glaubte ich in einer tiefer eingehenden Erörterung dieſer Frage bei der großen Wichtigkeit derſelben für ſo viele Lebensverhältniſſe eine, wenn auch ſchwierige, ſo doch um ſo würdigere Aufgabe zu finden. Bald mußte ich aber bemerken, daß eine befriedigende Löſung derſelben nur möglich ſei, wenn ſie vorbereitet wäre durch ein tiefes Eindringen in die in unſerm Volke lebenden Rechtsanſchaungen, durch eine umfaſſende Bekanntſchaft mit allen den Inſtitutionen, welche etwa auf Bildung dieſes Theils unſers Rechtszuſtands eingewirkt haben können, durch ein völliges Verſtändniß des Geiſtes der praktiſchen und theoretiſchen Juriſten, die den Uebergang der alten germaniſchen Bildungen in die römiſchen Formen vermittelten, durch eine genaue Kenntniß des Wegs, den unſere Bekanntſchaft mit dem römiſchen Servitutenrecht die vielen Jahrhunderte hindurch gegangen iſt, nebſt aller ſeiner Abwege und Irrgänge, — alſo durch Bedingungen, die der Einzelne nur nach langjährigem, unausgeſetztem Forſchen wird erfüllen können.

Da aber ein ſolches Werk immer von dem juſtinianeiſchen Servitutenrecht ausgehen muß, ſo erſchien mir eine neue detaillirte Darſtellung deſſelben als eine nothwendige Vorarbeit, indem ich in keiner der vorhandenen Monographieen die römiſche Servitutenlehre in der Weiſe behandelt fand, wie es meines Erachtens zu dem bezeichneten Zweck nöthig iſt. Eine bloße ſyſtematiſche Aneinanderreihung der einzelnen in unſern Quellen uns überlieferten Rechtsſätze kann nicht genügen, um ein klares Bild des ganzen Inſtituts in ſeiner charakteriſtiſchen Eigenthümlichkeit und allgemeinen Brauchbarkeit zu erzeugen, vielmehr iſt dazu erforderlich, daß alle einzelnen Rechtsſätze auf die leitenden Principien zurückgeführt werden, aus denen ſie hervorgegangen ſind, und daß ferner das, was das Bedürfniß geſchaffen hat, wie es überall vorhanden iſt, von dem getrennt werde, was nur unter den ſpeciell römiſchen Verhältniſſen entſtehen konnte, ebenſo das, was unmittelbar aus dem Rechtsbewußtſein der Geſammtheit hervorgegangen iſt, von dem, was erſt durch juriſtiſche Kunſt aus jenem deducirt worden iſt. Außerdem mußten auch die neuen, erſt unter den ſpätern Kaiſern in das Servitutenrecht hineingeworfenen Principien, die bei dem Zuſtand der damaligen Jurisprudenz unentwickelt bleiben mußten, in den übrigen Rechtsſtoff ſo eingefügt werden, daß das damit Unverträgliche entfernt wurde und wieder ein gleichartiges und harmoniſches Ganze entſtand. In der Hoffnung, daß es mir gelingen werde, den bezeichneten Momenten einen größern Einfluß zu Theil werden zu laſſen, und dadurch der römiſchen Servitutenlehre auch manche neue Seite abzugewinnen, unternahm ich eine ſelbſtändige Darſtellung derſelben, die mir um ſo gerechtfertigter erſchien, als die letzten Jahrzehnte ohnehin ſo manche bemerkenswerthe neue Anſicht über wichtige und tief eingreifende Fragen zu Tage gefördert haben, die in den für das geſammte Civilrecht beſtimmten Lehrbüchern keine erſchöpfende

Kritik finden konnten, die aber doch nur völlig gewürdigt werden können, wenn mit ihnen die Probe an der ganzen Servitutenlehre und nicht bloß an einzelnen herausgeriſſenen Theilen derſelben gemacht worden iſt.

Die mir geſtellte Aufgabe ſetzte zu ihrer Erfüllung weſentlich voraus, daß die hiſtoriſchen Ausgangspunkte ſowohl des ganzen Servitutenbegriffs als der einzelnen römiſchen Servitutenbildungen aufgeſucht wurden, und ſo war ich vielfach genöthigt, in rechtsgeſchichtliche Erörterungen über Inſtitute einzugehen, die im juſtinianeiſchen Recht längſt ihren Boden verloren hatten. Um meinen urſprünglichen Geſichtspunkt, die Rückſicht auf das heutige praktiſche Recht, nicht zu verlieren, habe ich es aber überall vermieden, den Leſer zu Unterſuchungen zu führen, die nur einen antiquariſchen Werth haben, und weder die römiſche Auffaſſung des Geſammtbegriffs der Servituten aufzuhellen vermögen, noch ſich auf ſolche Bildungen beziehen, die auch bei uns analoge Erſcheinungen finden.

Schließlich muß ich noch über mein Verhältniß zu der ſehr weitſchichtigen Literatur dieſer Lehre bemerken, daß ich, um den Umfang dieſes Werks nicht unverhältnißmäßig anwachſen zu laſſen, und um den Gang meiner Darſtellung nicht zu häufig unterbrechen zu müſſen, hier darauf verzichtet habe, eine Dogmengeſchichte der einzelnen Sätze zu geben, oder auch nur die früheren Schriftſteller, die für oder gegen meine Anſicht geweſen ſind, zu nennen. Daß ich darum nicht verſäumt habe, aus ihnen Rath und Belehrung zu holen, ſondern daß ich überall geſucht habe, wo ich erwarten durfte, Erhebliches zu finden, wird der Kenner hoffentlich bemerken, auch wenn nicht Anhäufungen von Namen und Zahlen es ſchon dem Auge beweiſen. Nur da, wo meine Darſtellung ſich unmittelbar auf die Anderer ſtützt, oder die von Andern erhobenen Einwendungen zu widerlegen ſucht, ſind die nöthigen literariſchen Notizen gemacht. Soweit die

Dogmengeſchichte zugleich Rechtsgeſchichte iſt, d. h. ſoweit die Anſichten der Juriſten der Rechtsbildung dieſe oder jene Richtung zu geben vermochten, wird ſie auch in dem Werke über das heutige Servitutenrecht dargeſtellt werden müſſen, deſſen Vollendung zwar in weite Ferne gerückt iſt, auf die ich aber noch zu hoffen wage.

Göttingen im Auguſt 1853.

Rudolf Elvers.

Der Schluß dieſes Buchs tritt um Vieles ſpäter in die Oeffentlichkeit, als wie ich es bei Ausgabe des erſten Heftes erwartet und verſprochen habe. Eine langwierige Krankheit hat mich einige Zeit an der Vollendung des Werks gehindert, und nachher hat der Druck ſehr bedeutende Verzögerungen in der Druckerei erleiden müſſen. Deßhalb wolle man entſchuldigen, wenn manche literariſche Erſcheinung der beiden letzten Jahre in den erſten Bogen des Schlußhefts, die ſchon lange gedruckt ſind, nicht berückſichtigt worden iſt.

Guben im September 1855.

Der Verfaſſer.

Uebersicht des Inhalts.

Einleitung. Seite.

§ 1. Die Wege- und Wasserleitungsservituten als die ältesten Servitutenbildungen 1
§ 2. Die Entstehung des Ususfructs 16
§ 3. Die Bildung des Gesammtbegriffs der Servituten und dessen Bedeutung für das Rechtssystem 19

Erste Abtheilung. Allgemeiner Theil der Servitutenlehre.

Erstes Kapitel. Die Servituten und das Eigenthum.

§ 4. Der Begriff der Servituten 29
§ 5. Wirkung der Errichtung einer Servitut gegenüber dem Eigenthümer der dienenden Sache 41
§ 6. Fortsetzung. Servitus in faciendo consistere nequit . 52
§ 7. Fortsetzung. Beschränkung des Eigenthümers . . 66
§ 8. Verhältniß der Servituten gegenüber von Aenderungen im Eigenthum der belasteten Sache 76
§ 9. Verhältniß der Servituten, wenn die einzelnen körperlichen Theile der dienenden Sache in den Händen verschiedener Eigenthümer sind 84

Zweites Kapitel. Die Subjecte der Servituten.

§ 10. Die Realservituten 93
§ 11. Fortsetzung. Verhältniß der Realservituten gegenüber von Aenderungen im Eigenthume der herrschenden Sache 102
§ 12. Die Personalservituten 112

Seite

Drittes Kapitel. Beſchaffenheit der belaſteten Sache.

§ 13. Die belaſtete Sache darf dem Verkehr nicht entzogen ſein 123
§ 14. Unmöglichkeit der Servitut an eigener Sache . . 125

Viertes Kapitel. Inhalt und Umfang der Servituten.

I. Die Realſervituten.

§ 15. Die Anzahl der Realſervituten iſt unbeſchränkt . 134
§ 16. Erforderniß der Nützlichkeit der Realſervituten . 138
§ 17. Fortſetzung. Erforderniß der perpetua causa . 151
§ 18. Fortſetzung. Erforderniß der Nachbarſchaft zwiſchen dem herrſchenden und dienenden Grundſtück . 166
§ 19. Die Bedingungen und Zeitbeſtimmungen bei Realſervituten 176

II. Die Perſonalſervituten.

§ 20. Arten derſelben 184
§ 21. Beſchränkungen der Perſonalſervituten . . . 189
§ 22. Bedingungen und Zeitbeſtimmungen bei Perſonalſervituten 193
§ 23. Die ſogenannten irregulären Perſonalſervituten . 198

§ 24. Rückblick 203
§ 25. Ausmittelung des Umfangs der Servituten in den einzelnen Fällen 205

Fünftes Kapitel. Ausübung der Servituten Seitens anderer Perſonen als der urſprünglich Berechtigten.

§ 26. Unzuläſſigkeit der Uebertragung der Realſervituten, des Uſus und der ihm nachgebildeten Perſonalſervituten . 220
§ 27. Uebertragbarkeit des Uſusfructs und der ihm nachgebildeten Perſonalſervituten 226
§ 28. Fortſetzung. Die einzelnen Uebertragungsarten . . 251

Sechstes Kapitel. Servitutähnliche Verhältniſſe.

§ 29. Servitutes tuitione praetoris constitutae . . . 263
§ 30. Servitutähnliche Rechte an öffentlichen Sachen . . 267

Seite

§ 31. Servitutähnliche Rechte der Gesammtheit an Sachen von Privaten 281

§ 32. Das Precarium an einzelnen Eigenschaften einer Sache 289

§ 33. Verhältniß der Servituten zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums an einem Grundstück zu Gunsten eines benachbarten Grundstücks (den so gen. gesetzlichen Servituten) 291

§ 34. Verhältniß der Servituten zu den übrigen dinglichen Rechten an fremden Sachen 296

§ 35. Resultat 310

Zweite Abtheilung. Die einzelnen überlieferten Servitutenbildungen.

§ 36. Vorbemerkung 313

Erster Abschnitt. Die Realservituten.

Erstes Kapitel. Der Unterschied zwischen servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum.

§ 37. Verschiedene Auffassung dieses Unterschieds . . . 316

§ 38. Findet ein durchgehender Unterschied statt zwischen Urban- und Rusticalservituten hinsichtlich der Fähigkeit, vor ihrer Errichtung vom Eigenthümer der zu belastenden Sache verpfändet zu werden? 321

§ 39. Ist es eine charakteristische Eigenthümlichkeit der Urbanservituten, daß zum Zwecke ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengesetzten Inhalt errichtet werden können? 345

§ 40. Welche Servituten gehen schon durch bloßen Nichtgebrauch unter, welche erst, wenn die Freiheit usucapirt ist? 357

§ 41. Die wahre Bedeutung der Eintheilung der Realservituten in städtische und ländliche Servituten . . 377

Zweites Kapitel. Die durch den Ackerbau hervorgerufenen Realservituten.

§ 42. Die Wegeservituten 385

Seite

§ 43. Die Wasserleitungs- und die Wasserschöpfungsservitut . 404
§ 44. Die sonstigen zunächst auf dem Lande entstandenen Servituten 414

Drittes Kapitel. Die zunächst auf städtischen Grundstücken entstandenen Realservituten.

§ 45. Einleitung. Paries communis 420
§ 46. Die servitutes tigni immittendi, oneris ferendi, proiiciendi, protegendi und andere 430
§ 47. Die servitutes stillicidii, fluminis, fumi immittendi, aquae immittendae und andere 434
§ 48. Die servitus cloacae 438
§ 49. Die Servituten zum Schutz gegen Verdunkelung der Gebäude oder gegen Beeinträchtigung der Aussicht . 439

Zweiter Abschnitt. Die Personalservituten.

Erstes Kapitel. Der Ususfruct.

§ 50. Die Ausbildung der Lehre vom Ususfruct . . . 448
§ 51. Berechtigung des Usufructuars. Art des Gebrauchs . 454
§ 52. Fruchtbezug des Usufructuars 480
§ 53. Die auf dem Ususfruct ruhenden Lasten . . 501
§ 54. Die Restitution der Sache nach beendetem Ususfruct . 531
§ 55. Die Theilbarkeit des Ususfructs 542
§ 56. Die usufructuarische Caution 551
§ 57. Der gesetzliche Ususfruct 567
Anhang.
§ 58. Der Quasiususfruct 578

Zweites Kapitel. Der Usus.

§ 59. Der Usus 602

Drittes Kapitel. Die anomalen Personalservituten.

§ 60. Habitatio 625
§ 61. Operae servorum et animalium 639

Dritte Abtheilung. Entstehung und Untergang der Servituten.

§ 62. Zur Einleitung. Der Quasibesitz der Servituten . . 647

Seite

Erſtes Kapitel. Abgeleiteter Erwerb der Servituten.

§ 63. Qualification des Auctors und des Erwerbers . . 689
§ 64. Entſtehung durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden . . 697
§ 65. Fortſetzung. Die einzelnen Servituterrichtung bezweckenden Geſchäfte und Obligationen . . . 710
§ 66. Entſtehung durch letztwillige Verfügung . . . 717
§ 67. Entſtehung durch richterliches Urtheil 734

Zweites Kapitel. Originärer Erwerb der Servituten.

§ 68. Entſtehung durch langjährige Ausübung . . . 737
§ 69. Entſtehung durch Occupation 752

Drittes Kapitel. Untergang der Servituten.

§ 70. Durch Untergang oder Umgeſtaltung der dienenden Sache 758
§ 71. Confuſion von Eigenthum und Servituten . . . 765
§ 72. Verzicht auf Servituten 766
§ 73. Untergang der Servituten in Folge von Verjährung . 772
§ 74. Wegfall eines der Erforderniſſe der Realſervituten . 785
§ 75. Die den Perſonalſervituten eigenthümlichen Erlöſchungsarten 790

Vierte Abtheilung. Der Rechtsſchutz der Servituten.

Erſtes Kapitel. Actiones.

§ 76. Die confeſſoriſche Klage 797
§ 77. Die Publicianiſche Klage 809
§ 78. Erweiterungen einiger urſprünglich nur dem Eigenthümer gegebenen Klagen zu Gunſten von Servitutberechtigten 811

Zweites Kapitel. Proviſoriſche Schutzmittel für die Ausübung der Servituten.

I. Das Syſtem derſelben vor Ausbildung der Lehre vom Quaſibeſitz.

§ 79. Die Wege- und Waſſerinterdicte 817
§ 80. Interdictum de cloacis 827
§ 81. Indirecter Schutz der Ausübung von Servituten durch poſſeſſoriſche Interdicte 830

Seite

§ 82. Interdictum quod vi aut clam. — Operis novi nunciatio 832

II. Einfluß der Theorie vom Quaſibeſitz auf das Syſtem der proviſoriſchen Schutzmittel.

§ 83. 841

Nachtrag.

Zu § 9. Verhältniß der Servituten bei Theilung der dienenden Sache . 848

Einleitung.

§. 1.

Die Wege- und Waſſerleitungsſervituten als die älteſten Servitutenbildungen.

Es iſt bekanntlich überall die erſte Bedingung und die Grundlage jeder höheren Kultur eines Volkes, daß daſſelbe feſte Wohnſitze einnehme, und, was dadurch nothwendig herbeigeführt wird, daß es die ſeither unbegrenzten und unendlichen Gefilde in einzelne feſt umgrenzte Grundſtücke zerlege, — ein Act, der als der Anfang aller Kultur darum auch aller urkundlichen Geſchichte weit vorherzugehen pflegt. Durch denſelben werden aus der einen Erdoberfläche eine Reihe von einzelnen Sachen gebildet, die in Folge rechtlicher Fiction eine ebenſo von einander unabhängige Exiſtenz und Individualität haben, wie die einzelnen beweglichen Sachen, und wenn auch die Grenzen, von denen ſie jetzt umgeben ſind, jeden Augenblick wieden fallen und ſie ſich dadurch immer wieder mit den benachtbarten Grundſtücken vereinen können, ſo geſchieht das doch nur in derſelben Weiſe, wie mehrere bewegliche Sachen ihre Selbſtändigkeit verlieren und zu einer zuſammengefügt werden können. In die alte Ungebundenheit tritt dadurch der Erdboden nicht zurück, ſondern aus einer derartigen Vereinigung von Grundſtücken entſteht doch wieder nur ein neues, wenn auch größeres, Grundſtück.

Die rechtliche gänzliche Unabhängigkeit der einzelnen Grundſtücke von einander, wie ſie aus der Theilung des Grund und Bodens

hervorgeht, kann aber in ihrer ungemilderten Durchführung die Benutzung desselben, die sie doch befördern soll, gleichwohl unter Umständen unverhältnißmäßig erschweren, ja unmöglich machen, indem häufig einem gänzlich isolirten Grundstück nöthige oder nützliche Eigenschaften durchaus fehlen, während sie ihm ein anderes aus seinem Ueberfluß gar leicht ergänzen kann. Wie daher der einzelne Mensch zum erfolgreichen Kampf mit dem Bedürfniß der Verbindung mit andern Menschen bedarf, so wird in ähnlicher Weise auch eine theilweise Wiedervereinigung der getrennten Grundstücke zum Zwecke der gegenseitigen Ergänzung nöthig sein, um das künstlich zu ersetzen, was die Natur ihnen versagt hat.

Vor allem gilt dies aber von dem ersten Erforderniß eines Grundstücks, wenn es seiner Bestimmung gemäß dem Menschen nutzbar sein soll, von der Möglichkeit auf dasselbe von einem außerhalb liegenden Punkte zu gelangen, indem diese niemals durch ein Grundstück allein gewährt werden kann, sondern voraussetzt, daß man zu diesem Zwecke auch andere Theile der Erdoberfläche berühren darf. Dieses Erforderniß der Zugänglichkeit wird sich denn auch überall mit gleicher und unwiderstehlicher Gewalt geltend machen und sofort die ohnehin einfachen zur Abhülfe geeigneten Rechtsbildungen hervorrufen, während dagegen eine höhere Kulturstufe nöthig ist, um Institute herbeizuführen, wodurch auch andere Eigenschaften künstlich ergänzt werden. In südlichen Klimaten wird sich am dringendsten der Wassermangel geltend machen, und da die Natur auch dem für den Ackerbau noch weniger entwickelten Sinne schon Mittel an die Hand giebt, um diesen Mangel zu ersetzen, so wird dort auch nach dieser Seite hin das Recht am ersten zu einer bestimmten Gestaltung gelangen.

Die Art und Weise, wie den genannten Bedürfnissen Abhülfe gewährt wird, muß aber eine andere sein, wenn durch selbständige Occupation des Grund und Bodens Seitens einzelner Familien die einzelnen Grundstücke aus der Gesammtmasse ausgeschieden werden — eine andere, wenn ein schon gegliedertes und geordnetes Volk ein größeres Territorium in Besitz nimmt und unter sich nach bestimmten Regeln vertheilt. Dies letztere Verhältniß ist das, welches uns auf römischem Gebiet vorzugsweise entgegentritt.

Denn einmal wurde nicht nur im Anfang, wie in den spätern

Perioden der Stadt öffentliches Land unter die Bürger vertheilt, sondern wahrscheinlich war auch schon bei den Völkern, aus denen sich das römische Rechtsleben entwickelte, die Gliederung, zu welcher sie bereits gelangt waren, ehe sie die später innegehabten Sitze einnahmen, auf das eroberte Land übertragen und dasselbe nach bestimmten Regeln unter die Genossen des Volkes vertheilt worden. Die Einrichtungen, die in allen diesen Fällen getroffen worden sind, um jeder einzelnen Parcelle einen Zugang zu sichern, lassen sich noch in der spätern Zeit aus den Regeln erkennen, welche bei Assignation von öffentlichem Land an die Einzelnen und namentlich bei Gründung von Kolonien beobachtet wurden und uns durch die Schriften der Agrimensoren überliefert sind[a]). Bei der großen Stetigkeit, welche hinsichtlich solcher auf dem Grund und Boden basirter Verhältnisse stattfindet, zumal wenn religiöse Lehren, wie das hier der Fall war, ins Spiel kommen, können wir vermuthen, daß in ähnlicher Weise, wie nach den auf uns überkommenen gromatischen Vorschriften die zum Zweck der Abmessung gezogenen Linien (die limites und rigores) zu öffentlichen Wegen erweitert und dadurch jede einzelne Parcelle mit dem Straßennetz der ganzen Kolonie in Verbindung gesetzt wurde[b]), so auch schon gleich bei allen frühern Vertheilungen nicht nur die innere Stadt, sondern auch die ganze Feldmark mit öffentlichen Wegen durchschnitten ist; ja wir können mit Gewißheit annehmen, daß der Zugang zu den entfernten Parcellen niemals dadurch hergestellt worden ist, daß die öffentliche Gewalt, welche das Theilungsverfahren leitete, eine ausschließlich zum Vortheil jener Parcellen auszuübende Wegegerechtigkeit andern Grundstücken auferlegte. Denn wenn es einmal üblich gewesen wäre, bei Theilung des gemeinen Landes nur ein derartiges Verhältniß zu schaffen, das doch immer der Kultur weniger Land entzog, als ein

a) Vergleiche Rudorff, gromatische Institutionen im 2ten Bande der Schriften der röm. Feldmesser, herausgegeben von Blume, Lachmann und Rudorff. Berlin 1852.

b) Vgl. Rudorff a. a. O. G. F. Puchta über die Wegeservituten in seinen kleinen civilistischen Schriften S. 78 ff. Wir werden auf die Frage, ob und wie weit die auf den limites geführten Wege öffentliche waren unten im sechsten Kapitel in der Lehre von den servitutähnlichen Verhältnissen zurückkommen.

öffentlicher Weg von beſtimmter unabänderlicher Breite, ſo wird man ſpäter nicht den Rückſchritt gethan haben, vorzuſchreiben, daß nach allen Theilen öffentliche Wege geleitet würden, zumal das für einen entfernt gelegenen Theil gar nicht immer die vortheilhafteſte Art iſt, um ihm einen Zugang zu verſchaffen. Denn da die auf den limites geführten Wege lediglich nach den ein für alle Mal feſtſtehenden Regeln und meiſtens ohne Rückſicht auf die beſondern Umſtände angelegt wurden, ſo konnten ſie z. B. nach manchen Punkten, wohin zu gelangen der Beſitzer ein beſonderes und vielleicht ausſchließliches Intreſſe hatte, im Vergleich zu einem nur nach den Geſetzen der Bequemlichkeit angelegten Privatweg ein Umweg sein[c]).

---

c) Zachariä von Lingenthal [in ſeiner Abhandlung über die Unterſcheidung zwſch. servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844. S. 18.] nimmt freilich im Gegentheil an, daß gleich bei der erſten Theilung des römiſchen Gebiets ſchon durch die theilende Gewalt vermöge der lex agris dicta Wege- und Waſſerleitungsſervituten auferlegt ſein, und beruft ſich dafür namentlich auf eine Stelle des *Siculus Flaccus* de condicionibus agrorum, wonach die Magiſtrate bei Aſſignationen in ſolcher Weiſe verfahren haben ſollen. Der Zuſammenhang der fraglichen Stelle iſt aber folgender: Der Agrimenſor redet von den Inſcriptionen, welche den einzelnen Theilen der Kolonie zu geben ſind. Er erwähnt zuletzt der „Excepta“, welche der auctor divisionis noch zurückbehalten hat, dann der „Compascua“, der gemeinſamen Weiden. Nach einer in unſerem Texte befindlichen kleinen Lücke fährt er dann ſo fort (nach der Lachmannſchen Ausgabe, Schriften der röm. Feldmeſſer S. 15):

> auctores divisionis assignationisque leges quasdam coloniis describunt, ut qui agri delubris sepulcrisve publicisque solis *), item **) viae actus umbitus ductusque aquarum, quae publicis utilitatibus servierint ad id usque tempus, quo agri divisiones fierent, in eadem condicione essent qua ante fuerint, nec quicquam utilitatibus publicis derogaverunt.

Die Lücke wird nun aber dahin auszufüllen ſein, daß darin eine weitere Inſchrift, etwa die „Publica“ genannt wurde, und zu deren Erläuterung fügt der Gromatiker dann hinzu: „die Magiſtrate legen nämlich der Kolonie (alſo wird hier nicht von der dem einzelnen Acker aufgelegten lex geſprochen) gewiſſe Ge-

*) Hier iſt zu ergänzen „servirent“.

**) „Item“ verbeſſert Lachmann ſtatt des mit jedem Sinne unvereinbaren „itineris“. Die Entſtehung dieſes Fehlers wird zu leicht durch die häufige Verbindung von iter und via erklärt, die den gedankenloſen Abſchreiber zu ſolcher Umwandlung verleiten mochte.

Für dieſe unter öffentlicher Auctorität getheilten Grundſtücke entſtanden alſo die Wegeſervituten nicht gleichzeitig mit der erſten

---

ſetze auf, damit die Aecker, welche Tempel, Gräber und öffentliche Plätze waren, und ebenſo die Wege- und Waſſerleitungen, welche dem öffentlichen Nutzen bisher dienten, dieſe Eigenſchaft als res publicae behalten, und ſo iſt dem „öffentlichen Nutzen nichts entzogen". In dieſem durch den Wortlaut und den Zuſammenhang gebotenen Sinne redet die Stelle alſo nur von öffentlichen Wegen, die bereits auf dem Gebiet beſtanden. Zachariä emendirt die Stelle nun freilich anders; er lieſt ſtatt „qui agri" der Handſchriften „quidquid agri" und ändert ferner die Worte „publicisque solis" bis „quae publicis utilitatibus" alſo ab: „publicis, quidquid soli itineri, viae, actui, ambitui, ductuique aquarum, quicquid publicis utilitatibus" u. ſ. w. Dadurch erreicht er den Sinn, daß die auctores bei der Theilung das Geſetz darüber geben, daß alles, was von einem Acker Tempeln und öffentlichen Gräbern (die sepulcra publica, zu denen wir ſo gelangen, möchten auch nicht wieder vorkommen), was Wegen und Waſſerleitungen, was dem öffentlichen Nutzen gedient habe, auch ferner dieſe Natur behalten ſolle. Wie geſagt, iſt aber ſolche Emendation ganz ungerechtfertigt, und eine Brücke zwiſchen dem zuletzt ausgeſprochenen Gedanken und dem durch eine kleine Lücke davon getrennten (in den Handſchriften vorhergehenden) Satze möchte nicht leicht aufzufinden ſein. Ein directer Gegenbeweis gegen Zachariäs Annahme liegt aber in dem Schlußſatze der Schrift des *Hyginus*, de generibus controversiarum (Schriften der röm. Feldmeſſer S. 134):

> De via et actu et itinere et ambitu et accessu et rivis et vallibus fossis fontibus saepe moventur contentiones, quae omnes partes non nostram, sed forensis officii, id est iuris civilis operam exigunt; nos vero tunc eis intervenimus, quum aut derigendum aliquid est questionibus, aut si forma aliqua aliquid notatum invenitur, repetendum est.

Darnach alſo fallen Streitigkeiten über Wegegerechtigkeiten nicht unter die Cognition der Agrimenſoren, die doch ſonſt in allen denjenigen kleinern Sachen zu entſcheiden, in den größern als advocati zu fungiren hatten, wo es ſich um Verhältniſſe handelte, die bei der Aſſignation des Landes feſtgeſtellt waren. Nur in ſofern ſollen aber die Agrimenſoren nach jener Stelle bei ſolchen Streitigkeiten über Servituten thätig ſein, als ſie als Sachverſtändige vernommen werden, ſie haben aber nicht ſelbſt eine Cognition. Demnach waren ſolche Wegegerechtigkeiten auch nicht bei der Aſſignation auferlegt worden; daß ſie dagegen über öffentliche Wege, die mit den limites zuſammenfielen, erkannten, wird am Schluß des 2ten Buchs von *Frontinus*, de controversia agrorum (Schriften der röm. Feldm. S. 58) geſagt.

öffentlicher Weg von beſtimmter unabänderlicher Breite, ſo wird man ſpäter nicht den Rückſchritt gethan haben, vorzuſchreiben, daß nach allen Theilen öffentliche Wege geleitet würden, zumal das für einen entfernt gelegenen Theil gar nicht immer die vortheilhafteſte Art iſt, um ihm einen Zugang zu verſchaffen. Denn da die auf den limites geführten Wege lediglich nach den ein für alle Mal feſtſtehenden Regeln und meiſtens ohne Rückſicht auf die beſondern Umſtände angelegt wurden, ſo konnten ſie z. B. nach manchen Punkten, wohin zu gelangen der Beſitzer ein beſonderes und vielleicht ausſchließliches Intreſſe hatte, im Vergleich zu einem nur nach den Geſetzen der Bequemlichkeit angelegten Privatweg ein Umweg ſein[c]).

---

c) Zachariä von Lingenthal [in ſeiner Abhandlung über die Unterſcheidung zwſch. servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844. S. 18.] nimmt freilich im Gegentheil an, daß gleich bei der erſten Theilung des römiſchen Gebiets ſchon durch die theilende Gewalt vermöge der lex agris dicta Wege- und Waſſerleitungsſervituten auferlegt ſein, und beruft ſich dafür namentlich auf eine Stelle des *Siculus Flaccus* de condicionibus agrorum, wonach die Magiſtrate bei Aſſignationen in ſolcher Weiſe verfahren haben ſollen. Der Zuſammenhang der fraglichen Stelle iſt aber folgender: Der Agrimenſor redet von den Inſcriptionen, welche den einzelnen Theilen der Kolonie zu geben ſind. Er erwähnt zuletzt der „Excepta", welche der auctor divisionis noch zurückbehalten hat, dann der „Compascua", der gemeinſamen Weiden. Nach einer in unſerem Texte befindlichen kleinen Lücke fährt er dann ſo fort (nach der Lachmannſchen Ausgabe, Schriften der röm. Feldmeſſer S. 15):

> auctores divisionis assignationisque leges quasdam colonis describunt, ut qui agri delubris sepulcrisve publicisque solis *), item **) viae actus umbitus ductusque aquarum, quae publicis utilitatibus servierint ad id usque tempus, quo agri divisiones fierent, in eadem condicione essent qua ante fuerint, nec quicquam utilitatibus publicis derogaverunt.

Die Lücke wird nun aber dahin auszufüllen ſein, daß darin eine weitere Inſchrift, etwa die „Publica" genannt wurde, und zu deren Erläuterung fügt der Gromatiker dann hinzu: „die Magiſtrate legen nämlich der Kolonie (alſo wird hier nicht von der dem einzelnen Acker aufgelegten lex geſprochen) gewiſſe Ge-

*) Hier iſt zu ergänzen „servirent".

**) „Item" verbeſſert Lachmann ſtatt des mit jedem Sinne unvereinbaren „itineris". Die Entſtehung dieſes Fehlers wird zu leicht durch die häufige Verbindung von iter und via erklärt, die den gedankenloſen Abſchreiber zu ſolcher Umwandlung verleiten mochte.

Für dieſe unter öffentlicher Auctorität getheilten Grundſtücke entſtanden alſo die Wegeſervituten nicht gleichzeitig mit der erſten

---

ſetze auf, damit die Aecker, welche Tempel, Gräber und öffentliche Plätze waren, und ebenſo die Wege- und Waſſerleitungen, welche dem öffentlichen Nutzen bisher dienten, dieſe Eigenſchaft als **res publicae** behalten, und ſo iſt dem „öffentlichen Nutzen nichts entzogen". In dieſem durch den Wortlaut und den Zuſammenhang gebotenen Sinne redet die Stelle alſo nur von öffentlichen Wegen, die bereits auf dem Gebiet beſtanden. Zachariä emendirt die Stelle nun freilich anders; er lieſt ſtatt „qui agri" der Handſchriften „**quidquid agri**" und ändert ferner die Worte „**publicisque solis**" bis „**quae publicis utilitatibus**" alſo ab: „**publicis, quidquid soli itineri, viae, actui, ambitui, ductuique aquarum, quicquid publicis utilitatibus**" u. ſ. w. Dadurch erreicht er den Sinn, daß die **auctores** bei der Theilung das Geſetz darüber geben, daß alles, was von einem Acker Tempeln und öffentlichen Gräbern (die **sepulcra publica**, zu denen wir ſo gelangen, möchten auch nicht wieder vorkommen), was Wegen und Waſſerleitungen, was dem öffentlichen Nutzen gedient habe, auch ferner dieſe Natur behalten ſolle. Wie geſagt, iſt aber ſolche Emendation ganz ungerechtfertigt, und eine Brücke zwiſchen dem zuletzt ausgeſprochenen Gedanken und dem durch eine kleine Lücke davon getrennten (in den Handſchriften vorhergehenden) Satze möchte nicht leicht aufzufinden ſein. Ein directer Gegenbeweis gegen Zachariäs Annahme liegt aber in dem Schlußſatze der Schrift des *Hyginus*, **de generibus controversiarum** (Schriften der röm. Feldmeſſer S. 134):

> **De via et actu et itinere et ambitu et accessu et rivis et vallibus fossis fontibus saepe moventur contentiones, quae omnes partes non nostram, sed forensis officii, id est iuris civilis operam exigunt; nos vero tunc eis intervenimus, quum aut derigendum aliquid est questionibus, aut si forma aliqua aliquid notatum invenitur, repetendum est.**

Darnach alſo fallen Streitigkeiten über Wegegerechtigkeiten nicht unter die Cognition der Agrimenſoren, die doch ſonſt in allen denjenigen kleinern Sachen zu entſcheiden, in den größern als advocati zu fungiren hatten, wo es ſich um Verhältniſſe handelte, die bei der Aſſignation des Landes feſtgeſtellt waren. Nur in ſofern ſollen aber die Agrimenſoren nach jener Stelle bei ſolchen Streitigkeiten über Servituten thätig ſein, als ſie als Sachverſtändige vernommen werden, ſie haben aber nicht ſelbſt eine Cognition. Demnach waren ſolche Wegegerechtigkeiten auch nicht bei der Aſſignation auferlegt worden; daß ſie dagegen über öffentliche Wege, die mit den **limites** zuſammenfielen, erkannten, wird am Schluß des 2ten Buchs von *Frontinus*, **de controversia agrorum** (Schriften der röm. Feldm. S. 58) geſagt.

Abgrenzung und Aſſignirung; wohl aber war ein Grund für die Entſtehung derſelben ſchon in dem ebenberührten Verhältniß vorhanden. Sie konnten dazu dienen, nicht überhaupt einen Zugang zu ſchaffen, ſondern neben einem ſchon beſtehenden einen bequemern und nähern Weg zu gewähren. Ob nun aber auch wirklich hier der erſte Entſtehungsgrund der Servituten zu ſuchen iſt, das iſt eine Frage, für deren Beantwortung uns gar kein Material überliefert iſt. Möglich iſt es, daß die Befugniß über das Nachbargrundſtück zu gehen, Vieh zu treiben u. ſ. w. zuerſt precario oder durch ein Obligationsverhältniß zugeſtanden wurde, daß letzteres bei der Stetigkeit des Grundbeſitzes dem Effecte nach einer Servitut gleich war, da ja dem, welcher die Benutzung des einen Grundſtücks zum Durchgang geſtattet hatte, und dem, welchem ſie geſtattet war, immer nur Univerſalſucceſſoren in dem Eigenthum an den Grundſtücken zu folgen pflegten, die durch ihre Vorgänger verpflichtet und berechtigt wurden, und daß erſt als Veräußerung des aſſignirten Landes möglich und üblich, und darum unerwartet ein ſolches lange beſtandenes Obligationsverhältniß unzureichend wurde, daſſelbe, um ihm ſeinen frühern Erfolg fernerhin zu ſichern, als ein dingliches aufgefaßt wurde.

Ein anderer Grund, der für die durch die öffentliche Auctorität getheilten Grundſtücke Wegeſervituten ſchaffen konnte, lag in der Theilbarkeit der aſſignirten Parcellen. Wenn dieſe auch Anfangs nicht anerkannt worden iſt[d]), ſo wurde ſie doch ſicher ſchon frühzeitig namentlich da zugelaſſen, wo mehrere Erben ſuccedirten, und war das einmal geſchehen, ſo konnte die Theilung häufig nur dann in befriedigender und allen Verhältniſſen gerecht werdender Weiſe geſchehen, wenn dabei auch nöthigen Falls einzelne Theile gemacht werden konnten, die ganz von dem öffentlichen Wege getrennt waren; das ſetzte aber voraus, daß über die andern Theile ein Zugang geſtattet wurde. Daher kann auch die Theilbarkeit des aſſignirten Landes für Bildung der Wegeſervituten wirkſam geweſen ſein, und ſie läßt es auch unwahrſcheinlich erſcheinen, daß, wie z. B. Grieſinger[e]) will, das ältere Recht nur die prekäre Geſtattung eines

d) Ruborff a. a. O. S. 303, 381 u. f.

e) De servitute luminum. Lipsiae 1819. S. 124 u. f. f.

Weges zugelaſſen habe, bis von dem doch erſt in verhältnißmäßig ſehr ſpäter Zeit entſtandenen Uſusfruct die Dinglichkeit auf dies Verhältniß übertragen worden ſei. Denn wer einen vom öffentlichen Wege getrennten Theil erhielt, wird ſich nicht mit einem nur precario geſtatteten Weg begnügt haben, deſſen Widerruf jeden Augenblick ſein ganzes Eigenthum an dem entfernteren Grundſtücke, zu dem er dann nicht mehr gelangen konnte, illuſoriſch machen mußte, und wollte daher das Recht die Theilbarkeit recht nutzbringend machen, ſo mußte es ein dingliches Recht hier zulaſſen, und das kann nicht ſo ſehr viel ſpäter geſchehen ſein, als jenes Princip anerkannt wurde.

Wir ſagten oben ſchon, daß ſich das Verhältniß ganz anders geſtalte, wenn die Ausſcheidung der einzelnen Grundſtücke aus der Geſammtmaſſe durch Occupation vor ſich gehe. Es iſt möglich, daß auch auf dem Gebiete Roms die Abgrenzung für einzelne Gegenden in dieſer Weiſe ſtattgefunden hat, indem uns ſchon aus älterer Zeit von Landſtrecken berichtet wird, die nach ihrer Eroberung nicht unter die Bürger getheilt und auch nicht im Intereſſe der Geſammtheit benutzt wurden, ſondern der Beſitznahme derer, welche die nöthigen Mittel zur Bebauung hatten, oder einſt zu haben hofften, Preis gegeben wurde f). Ueber die bei dieſer Occupation einzuhaltenden Formen und über die Frage, wie weit die Magiſtrate dabei mitwirkten und ſie regelten, iſt uns nichts erhalten; war ſie gänzlich dem ſubjectiven Willen der einzelnen überlaſſen, und beſchränkte ſich die öffentliche Gewalt darauf, nur da, wo das Geſammtintereſſe es forderte, öffentliche Wege zu führen, ſo kann die Privatwillkühr bei dieſen agri occupatorii Wegegerechtigkeiten, die nur dem einzelnen Occupanten zuſtanden und keineswegs öffentliche Wege bedingten, herbeigeführt haben. Denn wenn der Occupant ſich ein entfernteres Grundſtück auswählte, während das nähere, welches vielleicht weniger fruchtbar, oder deſſen Bebauung mit ſonſtigen Nachtheilen verbunden war, noch von niemanden eingenommen war, ſo mußte er ſich auf dieſer Strecke die Befugniß zum Gehen, Fahren u. ſ. w. jedem gegenüber wahren; dagegen aber konnte er ſich wohl, wenn und ſo-

f) *Livius* 6, 37. *Hyginus* de conditione agrorum in den Schriften der röm. Feldmeſſer von Blume u. ſ. w. S. 115. *Siculus Flaccus* de conditione agrorum daſelbſt S. 138.

weit er in deren Ausübung nicht gehemmt ward, einer Occupation und Benutzung der fraglichen Fläche Seitens Dritter nicht widersetzen, und so ward ein Verhältniß hergestellt, welches als Wegeservitut aufzufassen ist.

Wir können uns auf diese Weise verschiedene Fälle reconstruiren, wo das Bedürfniß die Bildung der Wegeservituten schon frühe forderte, — welcher der verschiedenen Gründe hauptsächlich wirkte und zuerst dieses Institut zum Abschluß brachte, vermögen wir mit Sicherheit nicht mehr zu ermitteln. Auf keinen Fall dürfen wir aber die älteste und lange Zeit einzige Form der Privatwege über fremde Grundstücke darin suchen, daß derjenige, welcher einen solchen erwerben wollte, das Eigenthum an dem betreffenden Streifen Land erwerben mußte, wie man das nach Bergmanns[g]) Vorgang angenommen hat. Darnach soll der Wegeberechtigte nicht ein bloßes Recht, sondern das Stück Grund und Boden ganz erworben haben, bis erst in späterer Zeit der Begriff der res incorporalis auf dies Verhältniß übertragen wurde. Gegen diese Annahme spricht von Vorne herein Folgendes: War der Wegeberechtigte Eigenthümer des Wegs, so konnte er in Folge seines Eigenthums jedes Betreten desselben verbieten, und das Grundstück, über welches der Weg hinlief, war auf diese Weise gänzlich zerrissen, so daß jede gemeinsame Benutzung der Theile unmöglich geworden war. Das Ueberschreiten des Wegs Seitens des Eigenthümers dieser Theile, welches dem Wegeberechtigten ganz gleichgültig sein konnte, hätte doch nur in Folge eines widerruflichen Precariums oder eines seit der Veräußerlichkeit der Grundstücke dauernd ungenügenden Obligationsverhältnisses gestattet werden können. Daß nun aber das Recht in solcher Weise gegen alle Interessen des Lebens nur allein aus Unbeholfenheit angekämpft habe, das anzunehmen, werden wir durch nichts gerechtfertigt. Dazu kommt als ein zweiter direkter Grund gegen jene Ansicht, daß die beiden Formen der Wegeservituten, welche, wie später zu entwickeln

g) Animadversionum de indole Roman. iurium in re. Spec. I. Götting. 1805. Du Roi in seiner Abhandlung über actio in rem und actio in personam im Archiv für civ. Praxis. Bd. 6. S. 296 ff.

ist[h]), allen Anzeichen nach die ältern sind, actus und iter, gar nicht immer einen bestimmten Weg voraussetzen, sondern sogar der Regel nach, wenn nichts anderes ausdrücklich festgesetzt ist, das ganze dienende Grundstück umfassen, und kein Anhaltspunkt vorhanden ist, welcher vermuthen läßt, daß es jemals anders gewesen ist. Bei einem solchen Sachverhalt ist aber die Annahme, daß der durch den Weg berührte Theil in das Eigenthum des Wegeberechtigten übergegangen sei, durchaus unmöglich.

Fragen wir schließlich nach den ältesten Ueberlieferungen, welche uns ein positives Zeugniß für die Existenz der Wegeservituten geben, so hat man früher allgemein zwei Fragmente der 12 Tafeln auf dieselben beziehen wollen, nämlich erstens das von *Varro* de lingua Lat. 7, § 15 und von Gaius in l. 8 de S. P. R. 8, 3 überlieferte Fragment:

Viae latitudo in porrectum VIII. P. habet, in amfractum XVI.

und sodann das von Cicero in der Rede für Cäcina c. 19 berührte:

Si via sit immunita, jubet (lex) qua velit agere jumentum.

Allein es ist möglich und für die letztere Stelle aus gewichtigen Gründen sogar wahrscheinlich[i]), daß diese Fragmente zunächst nicht von den Servituten, sondern von den öffentlichen Wegen reden, wenn gleich die erstere Stelle später auch auf die eine Art der Wegeservituten, die via, angewandt wurde[k]). Unzweifelhaft erwähnt die Wegeservituten erst Cicero in der Rede für Cäcina c. 13 und 26.

Wir haben oben den Wassermangel als das Bedürfniß hingestellt, welches sich in südlichen Klimaten sehr frühe zeigt, und dessen Abhülfe aus dem Ueberfluß eines andern Grundstücks die Natur selbst bald an die Hand giebt, und demgemäß ist denn auch die auf Abhülfe dieses Mangels gerichtete Wasserleitungsservitut (aquaeductus) eine der ältesten Rechtsbildungen auf dem Gebiete der Servituten. Ueber die Art und Weise und über die Zeit der Entstehung ist uns

h) Siehe unten in der Lehre von den Wegeservituten.

i) Puchta a. a. O. S. 78—91. Huschke in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 12. S. 393 ff.

k) L 13 § 2 und 3 de S. P. R. 8, 3; l. 6 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

nichts erhalten, und wird der Entwickluugsgang analog dem der Wegeſervituten geweſen ſein. Nur hat ſie ſo, wie ſie uns in unſern Rechtsquellen entgegentritt, mitunter eine Geſtalt angenommen, welche ſie als Nachbildung der durch die öffentliche Gewalt angelegten und ausſchließlich auf öffentlichen Grund und Boden geführten [l]) Waſſerleitungen erſcheinen läßt. Wenn nach dem Zeugniß des Frontinus[m]), der, ſelbſt Beamter bei den römiſchen Waſſerleitungen, ſich mit der Geſchichte jeder einzelnen beſchäftigt hat, erſt viele Jahrhunderte nach der Erbauung der Stadt die erſte öffentliche Waſſerleitung angelegt ſein ſoll, ſo iſt darum doch nicht nöthig, daß die erſten Anfänge dieſer Servitut auch in ſo ſpäte Zeit fallen, vielmehr können jene Elemente, welche mit den öffentlichen Waſſerleitungen zuſammenhängen, ihr in ſpäterer Zeit angefügt ſein, und dagegen in kleinern Verhältniſſen und unter nahe benachbarten Grundſtücken ſchon frühe ein Recht auf Benutzung des auf einem fremden Grundſtück entſpringenden Waſſers möglich geweſen ſein. Auch iſt uns ein Zeugniß erhalten, nach welchem die 12 Tafeln ſchon von Privatwaſſerleitungen handelten, und zwar ſolchen, die über öffentliche Wege geführt waren; daß ſie demnach auch ſolche gekannt haben, welche über fremde Grundſtücke gingen, auch ferner die darauf gerichtete Servitut, möchte unzweifelhaft ſein. Paulus ſagt nämlich in l. 5 ne quid in loco publ. 43, 8:

> Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur.

Von einem öffentlichen Aquäduct kann die Stelle nicht verſtanden werden, denn gegen wen ſollte da die Klage auf Entſchädigung gerichtet ſein?

Wenn wir demnach im Allgemeinen über die Art und die Zeit der Entſtehung der Wege- und Waſſerleitungsſervituten nur Vermuthungen aufſtellen können, ſo haben wir dagegen mancherlei Anzeichen, welche mit Gewißheit darauf hindeuten, daß dieſe Bildungen, die, wie wir oben ausführten, dem ſtets zuerſt hervortretenden Be-

l) *Frontinus* de aquaeductibus c. 128, ed. Dederich. Vesaliae 1841. S. 128.

m) Daſelbſt c. 4, S. 8.

dürfniß abhelfen ſollen, auch wirklich in der römiſchen Rechtsentwicklung die älteſten Servituten, oder wenigſtens die älteſten Realſervituten ſind.

Dafür ſpricht nämlich vor Allem der Umſtand, daß ſie noch zur Zeit der Pandektenjuriſten nicht nur als ſtehende, alt hergebrachte Beiſpiele, ſondern als Repräſentanten der ganzen Maſſe der damals anerkannten Servituten behandelt und manche Regeln, die für alle Servituten gelten, nur für ſie ausgeſprochen werden[n]). Seit der Zeit, wo iter, actus, via und aquaeductus allein ſtanden, ſcheint dieſe Form eine ſtehende geblieben zu ſein. Ja Ulpian ſcheidet noch dieſe vier Servituten, als die einzigen wirklichen Realſervituten, von den ihnen nur nachgebildeten andern Arten. In l. 1 pr. de S. P. R. 8, 3. ſagt er:

> Servitutes praediorum rusticorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus[o]).

Dann folgen Definitionen dieſer vier Servituten, und dann fährt er in §. 1. fort:

> In *rusticis computanda* sunt: aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

In Juſtinians Inſtitutionen[p]), welche dieſe Stelle aus Ulpians Inſtitutionen aufgenommen haben, lautet ſie ſogar und wahrſcheinlich in ihrer urſprünglichen Geſtalt, da eine derartige Verbeſſerung Seitens der Compilatoren ganz ſinnlos wäre, alſo:

> In rusticorum praediorum servitutes *quidam computari recte putant* aquaehaustum, pecoris ad aquam appulsum etc.

Es iſt ferner die Beobachtung gemacht worden[q]), daß, wenn auch

---

n) Pomponius in l. 17 de serv. 8, 1; l. 3 § 2 de act. emti vend. 19, 1. Julianus in l. 4 de aq. quot. 43, 20. Paulus in Sent. Rec. I, 17; in l. 26 de S. P. R.; l. 1 de usu legato 33, 2; l. 7 de aq. quot.

o) Ulpian nennt ferner nur dieſe vier Servituten in Fragm. t. 19 § 1; l. 72. de V. O. 45, 1. u. a. a. O.

p) § 2 J. de servitut. 2, 3.

q) Zachariä v. Lingenthal über die Unterſcheidung zwiſchen serv. rust. und urbanae. S. 28 f.

alle neuern Juriſten von Marcellus, Scävola, Papinian u. ſ. w. an, noch andere Ruſticalſervituten, als die vier genannten anerkennen, von den ältern nur Trebatius (l. 1 § 18 de aqua quot. 43, 20), Labeo (l. 17 quemadm. serv. amitt. 8, 6), Proculus und Atilicinus (l. 5 § 1 de S. P. R. 8, 3) und Neratius (l. 2. 3. 5. § 1 de S. P. R. 8, 3) ſolche erwähnen, die wahrſcheinlich alle der Schule der Proculejaner angehörten, während von den Sabinianern, wenn man von Pomponius (l. 15 pr. de serv., l. 20 § 3 de S. P. R.) abſieht, deſſen unbedingte Anhänglichkeit an dieſe Schule zweifelhaft iſt, keine einzige Stelle erhalten iſt, die eine andere Ruſticalſervitut nennt. Darum iſt es auch möglich und wahrſcheinlich, daß der Sabinianer Gaius unter iura praediorum rusticorum nur jene vier begreift[r]). Wenn Cicero in der Rede für Cäcina (5. 74) dagegen ſagt:

> Aquaeductus, *haustus*, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.

und ſo die servitus haustus ebenfalls als Repräſentanten aller Servituten ſetzt, ſo kann dieſe Redeverzierung eines Nichtjuriſten weder dafür ſprechen, daß die via damals noch nicht als ſelbſtändige Realſervitut beſtand[s]), noch dafür, daß dem haustus eine gleiche Stellung, wie den vier oft genannten Servituten anzuweiſen ſei. Wo die Formeln der Jurisprudenz eingehalten werden, wird ihm ſolche nie ertheilt.

Ein weiterer Grund für das höhere Alter der Wege- und Waſſerleitungsſervituten läßt ſich daraus entnehmen, daß zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten die vier genannten Servituten allein von allen übrigen Real- wie Perſonalſervituten zu den *res mancipi* gerechnet wurden. Bekanntlich hat man die Unterſcheidung zwiſchen res mancipi und nec mancipi, über deren Entſtehung und urſprüngliche Bedeutung uns kein direct redendes Zeugniß erhalten iſt, auf die verſchiedenartigſte Weiſe zu erklären geſucht, und faſt hat kein

---

r) Commt. Inst. II, §. 17 und 29. Nur dieſe erwähnt er auch II, §. 31. und IV, §. 3. In l. 19. quibus mod. usfr. amittitur ſagt er ſogar mit Weglaſſung der via und des aquaeductus: Neque ususfructus, neque iter actusve domini mutatione amittitur.

s) Wie Puchta a. a. O. S. 93 und 130 folgert.

Punkt der römiſchen Rechtsgeſchichte zu ſo vielen und mannigfachen Conjecturen Veranlaſſung gegeben [1]). Welcher der verſchiedenen Anſichten man nun aber auch folgen möge, ſo iſt es doch als ein feſtſtehendes Reſultat anzunehmen, daß der Urſprung dieſer Eintheilung der Sachen in einer frühen Zeit zu ſuchen iſt, und ferner, daß die Zahl der res mancipi, ſo weit wir es verfolgen können, eine geſchloſſene, nicht etwa durch Analogieen und Zweckmäßigkeitsgründe beliebig zu vermehrende war. So ſagt Ulpian in Fragm. tit. 19. § 1 ausdrücklich, daß Kamele und Elephanten, „quamvis collo dorsove domentur“, keine res mancipi ſein. Von einer erweiterten Anwendung der Mancipation über ihre urſprünglichen Grenzen ſind uns freilich Spuren erhalten; die familia und pecunia, welche nach der Beſtimmung der 12 Tafeln nur durch eine lex vermacht werden konnte, ſcheint erſt durch die Anwendung, welche von der andern Beſtimmung der 12 Tafeln: cum nexum faciet mancipumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, zu einer res mancipi geworden zu ſein [2]). Allein der Uebergang, auf welchem das Recht dieſe Ausdehnung in einer doch ſchon immer frühen Periode vornahm, läßt ſich leicht reconſtruiren. Weil in jeder Erbſchaft, namentlich in älterer Zeit, regelmäßig res mancipi vorgekommen ſein werden, ſo konnte die Mancipation einer familia und pecunia als die Mancipation aller darin enthaltenen res mancipi aufgefaßt werden, und die Verfügung über die übrigen Sachen galt als eine der zuläſſigen Nebenbeſtimmungen. Bei dieſer regelmäßig möglichen Auffaſſung ward nicht ſtets unterſucht, ob res mancipi in der Erbſchaft enthalten waren, bis die Mancipation eine ſtehende und an ſich zuläſſige Vergabungsform geworden war. Darum verändert dieſe eine Erweiterung der

---

1) Grade dieſe Fülle von Anſichten, die hier zu berückſichtigen iſt, macht es unmöglich, dieſe Fragen kurz abzuhandeln, und wir übergehen ſie darum, da ſie für unſern Zweck doch nur ein ſehr untergeordnetes Intereſſe hat. Viele der verſchiedenen Conjecturen werden zuſammengeſtellt von G. F. Puchta, Inſtitutionen Bd. II. §. 238. Zu den dort erwähnten Anſichten kömmt jetzt noch eine neue von Jhering, Geiſt des röm. R. Bd. I. S. 132 u. ff. S. 206 u. ff.

2) Rudorff in Richters und Schneiders kritiſchen Jahrbüchern 1844. Bd. 15. S. 321.

res mancipi über ihren urſprünglichen Kreis noch nicht den Charakter derſelben, vermöge deſſen ſie ausſchließlich und aus Gründen, die nur in der frühſten Zeit zu ſuchen ſind, dieſe ausgezeichnete Stellung haben.

Hiernach iſt es nun ſchon im höchſten Grade unwahrſcheinlich, daß, wie man das häufig annimmt, neben den übrigen genau ſpecialiſirten Sachen, neben dem fundus Italicus, den Sklaven, den Ochſen, Pferden, Mäulern und Eſeln allgemein die ganze Klaſſe der servitutes praediorum rusticorum den res mancipi zugezählt worden ſei, alſo darunter einzelne Bildungen, welche erſt in ſpätern Zeiten entſtanden, ja nach der Anſchauung der klaſſiſchen Juriſten fortwährend vermehrt und verändert werden konnten[v]). Daß kein innerer Grund für eine ſolche ſcharfe Entgegenſtellung aller Ruſtical- und aller Urbanſervituten aufgefunden werden kann, werden wir ſpäter weiter ausführen.

Prüfen wir nun aber die Quellen, aus denen die Lehre von der Mancipation aller Ruſticalſervituten hervorgegangen iſt, ſo werden dafür einmal zwei Stellen des Gaius angeführt (Commt. Inst. II. § 17[w]) und § 29), worin allgemein die Mancipation der jura praediorum rusticorum erwähnt wird. Nach den obigen Ausführungen iſt es aber wahrſcheinlich und wenigſtens möglich, daß Gaius mit allen Sabinianern nur die Weg- und Waſſerleitungsſervituten als jura praediorum rusticorum anerkannte, und deßhalb vermögen dieſe Stellen allein nicht zu beweiſen, daß alle Feldſervituten res mancipi ſind. Weiter ſoll das hervorgehen aus *Ulpiani* Fragm. tit. 19, § 1:

> Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, *qualis* est fundus, quam urbana, *qualis* domus; item jura praediorum rusticorum, *velut* via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, *velut* boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt.

---

v) Zachariä v. Lingenthal über die Unterſcheidung zwiſchen serv. rusticae und urbanae. S. 12—31.

w) Dieſer nur ſehr fragmentariſch erhaltene Paragraph ſpricht erſt nach einer kühnen und faſt unwahrſcheinlichen Reſtitution von unſerer Frage. Zachariä a. a. O. S. 25 u. 26.

Auf den erſten Anblick ſcheint es hier wirklich, als ob allgemein die Eigenſchaft einer res mancipi allen Feldſervituten beigelegt, und die durch ein „velut“ eingeführten vier einzelnen Servituten nur als Beiſpiele genannt werden. Eine nähere Betrachtung zeigt aber, wie in der ganzen Stelle gleichmäßig erſt eine allgemeine Kategorie aufgeſtellt, und dann mit „qualis“ oder „velut“ die einzelnen Arten aufgeführt werden. Nun iſt jedoch unzweifelhaft, daß der fundus das einzige praedium rusticum und domus das einzige praedium urbanum iſt, ferner daß die boves, muli, equi, asini die einzigen hierhergehörigen quadrupedes quae dorso collove domantur ſind [Ulpian beſtätigt es ſelbſt gleich darauf durch Ausſchließung der elefanti und cameli), und deßhalb fordert der gleichmäßige Bau des Satzes ſchon, daß man nicht überſetzt: „ebenſo ſind die Ruſticalſervituten, wie z. B. die via u. ſ. w. res mancipi“, ſondern ſo: „ebenfalls ſind Ruſticalſervituten, nämlich die via u. ſ. w., res mancipi“. Dafür ſpricht der auch ſonſt bei Ulpian beobachtete Sprachgebrauch[x]), nach welchem veluti nicht zur Anführung von Beiſpielen gebraucht wird, ſondern etwa mit scilicet oder id est gleichbedeutend iſt.

So wenig dieſes Fragment Ulpians demnach alle Feldſervituten den res mancipi zu vindiciren vermag, ſo wenig kann das allein durch ein argumentum a contrario aus §. 45. der Vaticaniſchen Fragmente entnommen werden, worin die servitutes praediorum urbanorum dem Uſusfruct in der Hinſicht gleichgeſtellt werden, daß ſie nur durch in jure cessio, nicht durch mancipatio errichtet werden können. Daß alle servitutes praediorum rusticorum res mancipi ſeien, hat er dadurch nicht ſagen wollen; da aber einige von ihnen es ſind, mußte er die nur beiläufig und kurz gemachte Bemerkung auf die Gebäudeſervituten beſchränken[y]).

Während die hier vertheidigte Anſicht durch die Quellen nicht widerlegt wird, ſo wird ſie dagegen noch dadurch unterſtützt, daß in l. 3 § 2 de S. P. R. 8, 3 die Errichtung anderer Ruſticalſervituten durch „cedere“ bezeichnet wird, alſo der hier redende

x) Ulp. Fragm. tit. 10, § 2; l. 18 de V. S. und in dem wahrſcheinlich von Ulpian entnommenen § 4 J. de jure naturali et gent.

y) Vgl. über alles dieſes Zachariä v. Lingenthal a. a. O.

Proculejaner eine in jure cessio im Auge hat, während doch da, wo Mancipation zulässig war, diese als die bequemere Form der Regel nach eingehalten sein wird. Wenn die Beweiskraft dieses Umstandes auch sehr gering ist, so vermag er doch immer bei Abwägung der für und gegen die obige Ansicht sprechenden Gründe dieselbe etwas zu unterstützen, zumal ihm so bedeutende innere Gründe zur Seite stehen.

Die bei den vier Wege- und Wasserleitungsservituten ausschließlich zulässige Mancipation ist demnach ein weiterer gewichtiger Grund, um ein höheres Alter derselben allen andern Realservituten gegenüber zu beweisen.

§. 2.

Entstehung des Ususfructus.

Die Wege- und Wasserleitungsservituten haben wir als die ältesten Bildungen auf dem Gebiete der Realservituten kennen gelernt. Ihr größter Gegensatz im ganzen Kreise der Servituten möchte der Ususfruct sein, der aber gleichwohl der Zeit nach wahrscheinlich am ersten nach ihnen entstanden ist, und der auf jeden Fall die älteste Personalservitut ist. Dennoch gehört er seinem ganzen Charakter nach einer spätern Zeit an. Er hatte nicht den Zweck, die dringendsten und ersten Bedürfnisse des Landbaus zu befriedigen, und darum mußte schon das eiserne Zeitalter des Rechts überstanden sein und den Billigkeitsgefühlen und individuellen Wünschen im Rechte Rechnung getragen werden, als dieses Institut Eingang zu finden vermochte. In den letztwilligen Verfügungen scheinen die ersten Anfänge desselben gesucht werden zu müssen, und noch in späterer Zeit galt die Errichtung durch Testament als die regelmäßige und auch wohl häufigere Entstehungsart. Denn während z. B. in dem Institutionentitel *de servitutibus* (II, 3) zuerst die Entstehung unter Lebenden behandelt und dann fortgefahren wird: „potest etiam testamento“ u. s. w., steht dagegen in dem folgenden Titel *de usufructu* die Errichtung durch Testament voran, und dann folgt gleichsam als Ausnahme: „si quis velit sine testamento constituere usumfructum“. Ebenso ist in dem Senatusconsult, welches der

Ausdehnung des Ususfructs auf verbrauchbare Sachen den Weg bahnte, bloß von dem Legat eines Ususfructs die Rede[a]).

Um die Entstehung desselben uns zu veranschaulichen, so kann die erste Veranlassung möglicher Weise da zu suchen sein, wo jemand seinem Ehegatten, dem das römische Erbrecht fast nie ein ausschließliches Intestatsuccessionsrecht gab, für seine Lebensdauer in dem factischen Verhältnisse zu allen den Sachen lassen wollte, die diesen seither in Folge des ehelichen Zusammenlebens umgeben hatten, ohne daß er sie deßhalb dem eigentlichen Erben entziehen und der Familie des andern Ehegatten zuwenden wollte. Das spätere Recht hätte ein ähnliches Resultat auch durch Auflegung von Fideicommissen erreichen können, so daß die Sachen dem Ehegatten legirt und ihm die Herausgabe derselben nach seinem Tode an die Erben auferlegt wurde; dem formalen ältern Recht fehlte aber eine derartige leichte Behandlungsweise, namentlich da es keine Onerirung der Legatare kannte[b]). Dadurch aber allein, daß dem Erben die persönliche Verpflichtung auferlegt wurde, die Benutzung der Sache der honorirten Person während ihrer Lebenszeit zu gestatten, wäre dies Verhältniß noch immer nicht ganz in der beabsichtigten Weise hergestellt, vielmehr konnte der Erbe, wenn er auch zur Entschädigung verantwortlich blieb, die Sache veräußern u. s. w., und so war hier der Nießbrauch immer noch manchen Gefahren ausgesetzt. Vielleicht aber kann in diesem Obligationsverhältniß der Uebergang zu suchen sein, durch welchen sich der Ususfruct als Servitut Bahn brach.

Sollte nämlich für den Erben eine Obligation durch eine Auflegung von Legaten entstehen, so mußte dies per damnationem geschehen, und also im Testament gesagt sein: Heres damnas esto usumfructum Titio concedere. War in derartigen Legaten der Name Ususfruct zu einem technischen geworden, der eine bestimmte Art und Weise der Benutzung der Sache bezeichnete, so lag die Versuchung nahe, sofort also zu verfügen: Titio usumfructum do lego, oder: Titio ususfructus esto, oder auch: Titius usumfructum sibi habeto u. s. w., also unter Anwendung der Form per vindi-

a) L. 1 de usufr. ear. rer. 7, 5. Vgl. Du Roi in seiner Abhandlung über actio in rem und actio in personam im Archiv für civ. Pr. Bd. VI. S. 296.

b) Gaj. II, 260, 271.

cationem. Dieſe erzeugte aber bis zu dem bekannten Senatusconſult unter Nero keine Obligation für den Erben, und ſollte daher ein ſolches Legat irgend welchen Erfolg haben, ſo mußte man ein dingliches Recht annehmen. Dazu war man aber um ſo geneigter, als man ſeither ſchon begonnen haben mochte, ſich den Uſusfruct als ein unmittelbares Verhältniß des Legatars zur Sache vorzuſtellen, und man ohnehin hier eine Lücke im Rechte fühlen mochte, man ferner auch gewohnt war, den letztwilligen Verfügungen eine faſt unbedingte Auctorität zuzugeſtehen. Dies kann der Weg geweſen ſein, den das Recht zur Bildung dieſer Servitut eingeſchlagen hat, ohne daß es jedoch darum nöthig iſt, daß ſich die damalige Zeit der ganzen Folge dieſes Schritts bewußt war. Möglich iſt es ebenfalls, wie man auch hat behaupten wollen, daß der Uſusfruct ſich nach dem Vorbild des für Hypotheſen ſo ergiebigen ager publicus gebildet hat und ſchon bei dieſem ein derartiges vorübergehendes auf die individuelle Perſon beſchränktes Nutzungsrecht vorgekommen iſt.

Auf jeden Fall muß der Uſusfruct ſchon frühe, vielleicht bald nach den 12 Tafeln entſtanden ſein, und zwar lange vor den übrigen Perſonalſervituten. Dafür ſpricht einmal wieder, daß er durchſchnittlich als der Repräſentant der ganzen Klaſſe behandelt wird, ſo daß die meiſten Regeln nur für ihn ausgeſprochen und die andern Bildungen nur als Abarten aufgeführt werden, bei denen nur das Abweichende bemerkt zu werden braucht. Ferner mag ein, wenn auch geringer Anhaltspunkt für das höhere Alter daraus entnommen werden, daß ſchon der Name *ususfructus* [c]) ein ausſchließliches Eigenthum dieſer Servitutenbildung iſt, während ſowohl *usus* [d]), *habitatio* [e]) und *operae* [f]) ebenſo häufig zur Bezeichnung anderer Verhältniſſe, namentlich Obligationsverhältniſſe, gebraucht werden.

---

c) Das Verbum frui, welches dieſem Subſtantiv entſpricht und die Befugniß bezeichnet, wozu der Uſusfruct berechtigt, wird dagegen durchaus nicht für dies Verhältniß ausſchließlich gebraucht, vielmehr wird z. B. zur Bezeichnung eines Miethverhältniſſes geſagt: „si forte rem aliquam tibi *utendam sive fruendam* quis dederit“. § 2 J. de locat. et cond. 3, 24. u. a. a. O.

d) § 2 J. quib. mod. re contr. 3, 14; § 5 J. de loc. et cond. 3, 24. u. a. a. O.

e) L. 19 § 6, l. 24 § 2, l. 25 § 1 locati cond. 19, 2 u. a. a. O.

f) L. 1 § 18 de exercit. act. 14, 1. u. a. a. O.

So finden wir dann auch ſchon den Uſusfruct, jedoch auch nur ihn, nicht die anderen Perſonalſervituten, bei Cicero als ein völlig ausgebildetes und abgeſchloſſenes Inſtitut erwähnt, namentlich in der Rede für Cäcina, wo ſchon von dem Legate eines ususfructus bonorum zu einer ideellen Hälfte gehandelt wird[g]).

§. 3.

Die Bildung des Geſammtbegriffs der Servituten und deſſen Bedeutung für das Rechtsſyſtem.

Die Wege- und Waſſerleitungsſervituten auf der einen, der Uſusfruct auf der andern Seite, ſtellen ſich äußerlich als gar verſchiedene Inſtitute dar; dort unendliche Dauer — hier Beſchränkung auf die Dauer eines individuellen Lebens; dort eine einzelne eng umgrenzte Befugniß — hier eine Fülle von Befugniſſen, die dem Eigenthum ähnlich nur in der Beſchaffenheit der belaſteten Sache eine Gränze findet, und wie dieſes eine ausſchließliche Detention der ganzen Sache zu verleihen vermag. Bei der ſo gänzlich verſchiedenen Geſtalt dieſer Inſtitute wird man da, wo die Rechtswiſſenſchaft noch in ihren Anfängen war, die gemeinſamen Elemente ſchwerlich ſchon erkannt haben, vielmehr wird auf beiden Seiten ein getrennter Entwicklungsgang eingehalten worden ſein. Aber dieſe weite Kluft zwiſchen beiden füllte ſich, als das Leben eine Reihe von Bildungen ſchuf, welche ſich zwar um dieſe urſprünglich gegebenen Kernpunkte kriſtalliſirten, aber doch auch von dem entgegengeſetzten Pole Elemente annahmen[a]). Die Waſſerleitungsſervitut hatte ſchon angebahnt, daß etwas aus dem Ertrage der einen Sache der andern zugeführt werden konnte; nach dieſer Richtung gingen die auf Graben von Sand oder auf Brechen von Steinen gerichteten Servituten noch weiter, und wurde durch dieſelben erſt das Recht, Holz zu fällen,

---

g) c. 4, § 11. Cicero Topic. c. 3 § 15 ſpricht von einem ususfructus sedium, daſelbſt c. 4 § 21 von einem ususfructus ancillarum und c. 3 § 17 von einem ususfructus bonorum. Ueberall wird, was der obigen Ausführung entſpricht, Entſtehung durch Legat vorausgeſetzt.

a) Ueber die Art und Weiſe, wie die einzelnen Arten der Servituten ſich Bahn brachen, wird unten geſprochen (§ 15 und § 20).

oder Vieh auf die Weide zu ſchicken, verliehen, ſo konnten unter Umſtänden zwiſchen Uſusfruct und Realſervitut hinſichtlich der Qualität und Quantität der Befugniß, wozu ſie ermächtigten, kein Unterſchied mehr ſein; ſie unterſchieden ſich nur noch durch die verſchiedene Dauer. So erkennt auch l. 32 de usufr. 7, 1 an, daß der Uſusfruct an einem Grundſtück häufig nur die Befugniß verleihen können, Vieh auf die Weide zu treiben.

Auf der andern Seite war auch das Princip, daß der Uſusfruct ſeine reguläre Geſtalt durch den Willen der Conſtituenten verändern könne, ebenfalls thätig, um das Bewußtſein von der gemeinſamen Grundlage beider Inſtitute zu erwecken. Der Uſusfruct konnte von dem Beſitz eines herrſchenden Grundſtücks abhängig gemacht und ihm in dem einzelnen Falle ſo viele Attribute entzogen werden, daß ihm nur ein Inhalt blieb, der auch Gegenſtand einer Realſervitut ſein konnte, und ſo war wieder nur die verſchiedene Dauer ein charakteriſtiſches Moment.

Dieſen Erſcheinungen gegenüber erkannte denn nun auch das römiſche Rechtsleben der ſpätern Zeit den gemeinſamen Grundbegriff an, der allen den Bildungen von den Wegeſervituten bis zum Uſusfruct zu Grunde liegt, und das manifeſtirt ſich vor Allem dadurch, daß der Name „Servituten" zu einem Geſammteigenthume dieſer ſämmtlichen Formen wurde.

Der erſte gemeinſame Name für die Wege- und Waſſerleitungsſervituten wird *jura praediorum* geweſen ſein, der, als ſich die Gebäudeſervituten, die *jura praediorum urbanorum*, gebildet hatten, zu *jura praediorum rusticorum* erweitert, auch die übrigen ländlichen Servituten umfaßte. In zu frühe Zeit darf jedoch die Entſtehung dieſer Namen ebenfalls nicht geſetzt werden. Denn den älteſten Zuſtänden mangelt die Fähigkeit, von den einzelnen Fällen zu abſtrahiren, und dieſelben zu einem ſyſtematiſchen Ganzen zu vereinigen; am wenigſten aber wird ſchon da ein Name aufgeſtellt worden ſein, der vorausſetzt, daß ein complicirterer Rechtsbegriff, ein Recht, welches von einer Sache getragen wird, bereits zum Bewußtſein gelangt iſt. Noch ſpäterer Zeit gehört der Name *servitutes* an, der in ſeiner älteſten und engſten Bedeutung dieſe beiden Arten der Realſervituten allein umfaßt. So ſagt Gaius (Epitome II, 1 § 3):

Haec jura tam rusticorum, quam urbanorum praediorum servitutes appellantur. Vgl. § 3 J. de reb. corpor. II, 2; l. 1 § 1 de div. rer. 1, 8.

Es möchte nicht bezweifelt werden können, daß der Name servitus zunächst das unfreie Verhältniß eines Menschen bezeichnet hat, und nur in Folge einer Uebertragung dieser Anschauung auf die Grundverhältnisse zu der nachher so hervorragenden Bedeutung gelangt ist. Die Vergleichungspunkte der beiden durch einen Namen bezeichneten Verhältnisse sind darin zu suchen, daß wie der mit einer Servitut behaftete Mensch, der servus, der ihm von der Natur gegebenen Bestimmung entzogen, seiner Freiheit beraubt und einer Person unterworfen ist, so auch der mit einer Servitut belastete Acker, der fundus servus[b]), seiner natürlichen Bestimmung, der Freiheit, entzogen ist. Diese besteht aber nicht, wie bei dem Menschen, darin, daß er jeder Herrschaft einer Person entzogen ist, sondern, da auch nach römischer Anschauungsweise alle Sachen der Dienstbarkeit des Menschen unterworfen sind, darin, daß er seinem Herrn ganz und unbeschränkt zu dienen vermöge, und darum ist das eine Sklaverei der Sache, wo dritte Personen Rechte an ihr behaupten können, die sie theilweise verhindert, ihrem Eigenthümer Nutzen zu gewähren. Man sieht, der Gedankengang, welcher den Namen Servitut auf die Verhältnisse von Sachen ausdehnen ließ, setzt schon eine verfeinerte Rechtsanschauung voraus, die sich nicht bloß durch die äußern zunächst in die Augen fallenden Merkmale bestimmen läßt, sondern die tiefer liegenden mehr innerlichen Kriterien zu erkennen und zu berücksichtigen weiß. So möchte denn der Name Servitut auch in seiner engern auf die Realservituten beschränkten Bedeutung nicht grade allzu fern von der Zeit der klassischen Jurisprudenz entstanden sein.

Erst innerhalb dieser Zeit gelangte er dahin, auch die so genannten Personalservituten, und namentlich den Ususfruct zu umfassen[c]), aber wenn damit auch die Anerkennung des gemeinsamen

b) L. 20 § 1 de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 6 § 3, l. 15 comm. pr. 8, 4.

c) Wie wenig der Name zu einer abgeschlossenen Bedeutung gelangt war, ersehen wir daraus, daß Julian in l. 86 § 4 de leg. I. 30 die Superficies als eine Servitut bezeichnet.

Grundbegriffs dieſer Rechtsbildungen zum Abſchluß gelangt war, ſo blieb dieſe Anerkennung doch eine mehr äußerliche, welche nicht die ganze Jurisprudenz durchdrang, und welche nicht die nöthigen Folgerungen für die Vereinfachung des Syſtems zu veranlaſſen vermochte. Um das näher zu begründen, ſo erkennen nach der einen Seite hin eine Reihe von Stellen die Eigenſchaft des Uſusfructs als Servitut an. Marcianus ſagt in dem an die Spitze des 8ten Buches der Pandecten geſtellten Fragment:

> Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitus rusticorum praediorum et urbanorum.

Paulus ſagt in l. 25 de V. S.:

> — quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter.

Ebenſo ſprechen Paulus in l. 1 § 9 ad leg. Falcid. 35, 2, Ulpian in l. 6 § 4 si serv. vindic. 8, 5 und Papinian in l. 66 § 6 de leg. II. 31 von ceterae servitutes, nachdem ſie vorher vom Uſusfruct gehandelt haben, Paulus nennt in l. 1 de usu et usufr. legato 33, 2 den Uſusfruct an einer Wegeſervitut servitus servitutis, und endlich redet Papinian in l. 57 de usufr. von einem Grundſtück, quod ei per usumfructum serviebat.

Wenn wir aber gleichwohl ſagten, daß dieſe Anerkennung des Uſusfructs eine äußerliche geblieben ſei, ſo gingen wir davon aus, daß ein jeder von der Theorie aus den einzelnen Rechtsſätzen entwickelter Rechtsbegriff ſich dadurch als richtig und namentlich auch als zweckgemäß erproben muß, daß es mit ſeiner Hülfe möglich wird, die einzelnen von den Theilen handelnden Rechtsſätze nunmehr zu einem ſie alle umfaſſenden Satz zu vereinigen und dadurch das Rechtsſyſtem zu vereinfachen[d]). Dieſe Probe macht aber das römiſche Recht mit dem Geſammtbegriff der Servituten keineswegs, und namentlich finden wir in den Rechtsbüchern Juſtinians eine ganz getrennte Behandlung der dinglichen und der perſönlichen Servituten. So iſt Buch II, Titel 3 der Inſtitutionen überſchrieben: De *servitutibus*, Titel 4: De *usufructu*, Titel 5: De *usu et habitatione*, ja noch auffallender handelt in den Pandecten das 7te Buch über

d) Vgl. hierüber die Ausführungen Iherings in ſeinem „Geiſt des Römiſchen Rechts“ Bd. I. § 3.

den Uſusfruct, den Uſus, die operae servorum und die Habitatio, das 8te dann erſt über die Servituten, und außer dem oben citirten erſten Fragment des erſten Titels iſt faſt ausſchließlich von den Realſervituten die Rede. Ebenſo iſt das Verhältniß im dritten Buch des Codex, wo Titel 33: *De usufructu et habitatione et ministerio servorum*, Titel 34: *De servitutibus et aqua* handelt. Und daß dieſe Trennung und Behandlungsart nicht bloß dem Unverſtand der Compilatoren zuzuſchreiben iſt, ſondern die in der ganzen römiſchen Rechtswiſſenſchaft übliche war, dafür ſprechen folgende Stellen, welche auch ſogleich erkennen laſſen, wie die Römer das Gemeinſame der Realſervituten und des Uſusfructs wohl erkannten. Gaius ſagt im 7ten Buch ad Edictum provinciale. (l. 5 pr. de servit.):

> Via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus.

Aehnlich Ulpian im 17ten Buch ad Edictum (l. 2 pr. si servitus vindicetur 8, 5):

> De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum eorum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria.

Alſo hatten beide und wahrſcheinlich auch das Edict ſelbſt, zu dem ſie den Commentar ſchrieben, ſchon an einer andern Stelle von der Entſtehung und von der Klage des Uſusfructs geſprochen, und zwar ward wahrſcheinlich der Uſusfruct in der Lehre von den teſtamentariſchen Verfügungen, die Realſervituten aber im Sachenrecht beſprochen.

Es frägt ſich nun ob die heutige Jurisprudenz, wie die römiſche, auf halbem Wege ſtehen bleiben darf, und ob ſie auch jetzt eine gänzlich getrennte Behandlung der ſogenannten Perſonal- und der Realſervituten fordern muß, oder ob ſie dahin ſtreben darf, einen gemeinſamen Grundbegriff für alle dieſe Servituten aufzuſtellen, und von dieſem aus die ganze Lehre zu entwickeln. Daß dieſes Beſtreben Vortheil bringen kann, zeigen uns ſchon die beiden eben citirten Stellen, aus denen hervorgeht, wie die Lehre von der Entſtehung und von den Klagen gemeinſam für beide Arten iſt, alſo nur einmal behandelt zu werden braucht. Sodann iſt es aber auch Aufgabe der wiſſenſchaftlichen Bearbeitung unſers Rechts, das Verwandte, auf gemeinſamen Grundlagen Beruhende zuſammenzuſtellen, und wo in

einer Kategorie Lücken sind, solche aus den für die andern gegebenen Bestimmungen zu ergänzen und auf diese Weise aus dem System nicht nur durch Vereinfachung sondern auch durch Vermehrung der vorhandenen Rechtssätze Vortheil zu ziehen. Auch diese Betrachtung wird für eine gemeinsame Behandlung des Ususfructs und der Servituten sprechen und endlich auch die später näher zu erwähnende Erscheinung, daß es Servitutenbildungen giebt, die möglicher Weise beiden Kategorieen, den Personal- wie den Realservituten zugewiesen werden können, und dennoch in ihrer practischen Wirksamkeit in jedem Falle ganz dieselben bleiben.

Die Schwierigkeit einer gemeinsamen Behandlung liegt darin, eine Auflösung des Grundbegriffs der Servitut zu finden, da uns in unsern Quellen eine Definition derselben nicht übermacht wird, und selbst nur wenig Sätze allgemein für alle Servituten ausgesprochen werden e). Ja charakteristischer Weise untersucht Ulpian in l. 8 § 2 si serv. vind. 8—15 nicht, ob eine Bildung dem Servitutenbegriff entspreche, sondern er sagt: quod non est *contra genera servitutum;* also die einzelnen Arten sind ihm noch in ihrer selbständigen und getrennten Existenz vor Augen, der gemeinsame Grundbegriff ist ihm noch nicht so zum Bewußtsein gekommen, daß nur dieser der Maßstab ist, den er an die einzelnen vorkommenden Fälle legt.

Mit dem wissenschaftlichen Problem, aus den in den Quellen gegebenen Anwendungen der Servituten selbständig die theoretischen Ausgangspunkte zu finden, hat sich unsere Rechtswissenschaft schon vielfach beschäftigt, ohne daß sie jedoch hier bis zu einem endlichen unangefochtenen Resultat gelangt ist. So lange sich die Jurisprudenz so unmittelbar an das Corpus Juris anschloß, daß sie nur einen Commentar desselben zu liefern bestrebt war, lag die selbständige Entwicklung des Servitutenbegriffs zu sehr außerhalb ihrer Aufgabe, und sie erschwerte sich denselben noch, als man seit Bartolus anfing, alles das, was durch den Ausdruck servitus irgendwo be-

e) So in l. 15 § 1 de serv. 8, 1: **Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat, in l. 26 de S. P. T. 8, 2:— nulli res sua servit, in l. 1 de usu et usufr. legato, 33, 2: — servitus servitutis esse non potest.**

zeichnet wird, als gleichartig zuſammenzuſtellen, und ſo nicht nur die Sklaverei, ſondern auch die servitus ex jure divino 1) als servitus ex vetere testamento d. i. die Dienſtbarkeit der Menſchen unter die Sünde, und 2) als servitus ex novo testamento d. i. die Dienſtbarkeit der Menſchen unter Gott in die Stammtafel (arbor servitutum) aufzunehmen, welche die Eintheilung der Servituten veranſchaulichen ſollte und auch in die gloſſirten Ausgaben unſeres Corpus Juris übergegangen iſt; ein Verfahren, welches Donell damit vergleicht, daß jemand einen Geſammtbegriff taurus aufſtelle, und dann als Theile deſſelben 1) ein Thier, den Ochſen, 2) ein Sternbild, 3) ein Gebirge annehmen wolle, welches alles durch daſſelbe Wort bezeichnet werden könne.

Seitdem ſich die Wiſſenſchaft und auf dieſem Gebiete namentlich durch Donells meiſterhaften Commentar von den Feſſeln der römiſchen Jurisprudenz frei gemacht hat, und ſich nicht mehr darauf beſchränkt, die von der letztern überlieferten Sätze unter Beibehaltung der von ihr gewählten Form und Folge wiederzugeben und zu interpretiren, ſondern ſie zu einem ſelbſtändigen und nur nach logiſchen Momenten gegliederten Syſtem zu vereinen ſucht, ſeitdem konnte die Wiſſenſchaft die Aufforderung, den Geſammtbegriff, welcher den verſchiedenen Servitutenbildungen zu Grunde liegt, aufzufinden und zu formuliren, nicht mehr von der Hand weiſen. Wie ſchon geſagt, hat ſie aber zu einem unangefochtenen Reſultat nicht gelangen können.

Daß man aber darum nicht an der Möglichkeit, gemeinſame und dieſen Arten der dinglichen Rechte ausſchließlich zuſtehende Elemente aufzufinden, verzweifeln darf, oder daß man nicht anzunehmen braucht, daß nur hiſtoriſche Gründe die Ausſcheidung der Servituten von den übrigen dinglichen Rechten veranlaßt haben, ſondern daß wirklich eine innere ſyſtematiſche Einheit unter ihnen vorhanden iſt, das werden hoffentlich die nachfolgenden Ausführungen genügend zu beweiſen im Stande ſein.

Erſte Abtheilung.

Allgemeiner Theil der Servitutenlehre.

Erſte Abtheilung.

Allgemeiner Theil der Servitutenlehre.

Erſtes Kapitel.

Die Servituten und das Eigenthum.

§. 4.

Der Begriff der Servituten.

Bei Feſtſtellung des Begriffs der Servituten pflegt man ſehr häufig hauptſächlich nur ihr Verhältniß gegenüber dem Eigenthum an der belaſteten Sache ins Auge zu faſſen, und ſogar mitunter als das einzige charakteriſtiſche Merkmal die Beſchränkung des Eigenthümers in die Definition der Servituten aufzunehmen[a]), ohne dabei zu berückſichtigen, daß es zum Weſen der Servitut überall gar nicht erforderlich iſt, daß die dienende Sache im Eigenthume jemandes ſteht, daß alſo der Servitutenbegriff auch ganz unabhängig vom Eigenthum conſtruirt werden muß. Denn einer Seits wird es unbeſtreitbar ſein, wenn dies in unſern Quellen auch nicht erwähnt wird, daß die einmal gültig errichtete Servitut durch Dereliction der

a) So um Einen von Vielen hervorzuheben, Thibaut, Pandectenrecht § 603: „Dienſtbarkeiten ſind die dinglichen Rechte, welche dem Eigenthümer die Pflicht auflegen, zum Vortheil eines andern etwas zu unterlaſſen, oder demſelben eine Benutzung ſeiner Sache zu geſtatten".

belaſteten Sache Seitens des Eigenthümers nicht alterirt werden kann, und alſo an der res nullius ganz unverändert fortbeſteht[b]), anderer Seits kann aber auch unſers Erachtens unter Umſtänden eine Servitut an einer res nullius durch Occupation entſtehen. Ich werde dieſe Frage unten in der Lehre von der Entſtehung der Servituten näher behandeln müſſen[c]), will aber hier, um meine Behauptung anſchaulicher zu machen, nur an den Fall erinnern, wo der Eigenthümer eines unmittelbar an der Meeresküſte belegenen Hauſes nach dem Meere zu einen Balkon angelegt hat; hierdurch tritt der unter demſelben gelegene Meeresboden noch nicht in das Privateigenthum, ſondern kann noch von jedem betreten u. ſ. w. werden, allein gleichwohl muß dieſer einmal angelegte Balkon von jedem und ſicher auch von dem geduldet werden, welcher ſpäter durch Bauten das betreffende Stück Meeresboden zum Eigenthum erwirbt. Eine Occupation iſt nur noch möglich an dem, was nach Abzug der bereits beſtehenden Servitut verblieben iſt.

Den Inhalt der Servituten müſſen wir demnach, wollen wir anders alle Servitutenverhältniſſe umfaſſen, ſo zu beſtimmen ſuchen, daß wir uns auf ihr Verhältniß zum Eigenthum nicht zu beziehen brauchen. Sie gewähren uns aber immer die Befugniß, aus der Sache ſelbſt einen Vortheil zu ziehen, und zwar entweder dadurch, daß wir beſtimmte poſitive Handlungen auf derſelben oder mit derſelben kraft eigenen Rechtes vornehmen (poſitive oder affirmative Servituten), oder dadurch, daß beſtimmte poſitive Handlungen auf oder mit der dienenden Sache von keinem andern vorgenommen werden dürfen (negative Servituten). Dieſen letztern Fall pflegt man häufig ſo auszudrücken: der Berechtigte habe die Befugniß, die fragliche Handlung zu verhindern oder zu verbieten; allein das iſt

---

b) Analog iſt die Vorſchrift, daß der Uſusfruct an einen Sklaven durch die einſeitig vom Eigenthümer vorgenommene Manumiſſion nicht berührt wird. **Fragm. de manumissionibus § 11; Ulp. Fragm. I, 19; l. 9 § 20 de hered. instit. 28, 5; l. 1 pr. C. comm. de manumiss. 7, 15.**

c) Merkwürdiger Weiſe iſt dieſelbe in der Literatur ſehr wenig berückſichtigt. Ich habe ſie nur erwähnt gefunden in *J. W. Summermanni* **Commentatio juris naturalis de natura servitutum ad l. 15 § 1 D. de serv. Berolini 1735, eine Abhandlung die reich iſt an wunderbaren Einfällen, aber doch leſenswerth bleibt.**

ungenau, — er hat ein Recht von größerem Umfange und kann fordern, daß auch dann die bestimmte Handlung nicht vorgenommen wird, wenn er noch gar kein Verbot ausgesprochen oder noch nicht sonstige Schritte zur Verhinderung gethan hat. Umfaßte jener von uns als ungenau bezeichnete Ausdruck wirklich das ganze Verhältniß, so könnte, wenn gegen eine negative Servitut gehandelt wäre, nur dann Ersatz für den dadurch entstandenen Schaden erlangt werden, wenn der Berechtigte zeitig Schritte zur Verhinderung der unzulässigen Handlung gethan hätte, also gegen sein jus impediendi gehandelt wäre. Er kann solchen Schadenersatz aber, wie an einem andern Orte auszuführen ist, überall fordern, wo die fragliche Handlung jemals ohne seine ausdrückliche Erlaubniß vorgenommen ist[d]).

Diese beiden möglichen Richtungen, welche die Servituten haben können, die negative und die positive, hat man zusammen zu fassen gesucht, indem man sie als Gebrauchrechte an einer fremden Sache definirt hat[e]). Bei Beurtheilung der Richtigkeit dieses Ausdrucks wird es auf den Umfang ankommen, in welchem in unserer Sprache das Wort gebrauchen angewendet werden kann, und dabei dürfte das individuelle Sprachgefühl der hauptsächlichste Anhaltspunkt sein; uns will es jedoch bedünken, daß zum Gebrauchen immer eine positive Thätigkeit nöthig ist, und ich da nicht gebrauche, wo nur ein anderer etwas nicht thut. Auch hat wohl die Auffassung der negativen Servitut als eines bloßen jus prohibendi zur Entstehung dieser Bezeichnung mitgewirkt, da dann allerdings der Servitutinnehaber nur zur Vornahme einer bestimmten Handlung, nämlich des Verbietens, berechtigt wäre, und daher von einem Gebrauchen schon eher die Rede sein könnte. Ich möchte nach dem Vorbild von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. II.

---

d) Ulpian in l 5 de S. P. 4. 8, 2. Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem, et furiosum invitos recte dici ait; non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur.

e) So z. B. E. Hoffmann, die Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838, S. 5; von Vangerow, Leitfaden Bd. I. 6te Aufl. S. 780; von Scheurl Lehrbuch der Institutionen S. 180.

§ 66, von Puchta, Pandekten § 178 und anderer den Inhalt der Servituten in dem Rechte zum Benutzen ſuchen, von welchem Worte man freilich auch geſagt hat, die Anwendung deſſelben auf die negativen Servituten ſei „gegen den Genius der Sprache“ f). Allein benutzen heiſt Nutzen ziehen, und das kann man auch durch den paſſiven Zuſtand, in dem ein anderer eine ſchädliche Handlung nicht vornehmen darf.

Dieſes Benutzungsrecht ſteht dem Berechtigten vermöge ſeiner Servitut ebenſo wie dem Eigenthümer unmittelbar an der dienenden Sache zu; er hat, wie dieſer, ein Recht auf die Sache, aber gleichwohl wird ihm in manchen Stellen unſers Corpus Juris eine Herrſchaft über den Körper der dienenden Sache auch für den kleinſten Theil ganz abgeſprochen, demnach ſeinem Rechte ein ganz anderes Object gegeben, wie dem Eigenthume, und namentlich damit die Auffaſſung verworfen, als enthielten die Servituten ein beſchränktes Eigenthum. Paulus ſagt in l. 25 pr. de V. S. 50, 16:

> Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, *cujus non potest ulla pars dici alterius esse;* hoc et Julianus, et est verius.

Demgemäß erklärt Ulpian in l. 6 de rebus eor. qui sub tutela 27, 9, zwiſchen Eigenthümer und Servitutberechtigten beſtände keine Communion. Ferner ſagt Ulpian in l. 4 pr. si serv. vindicetur 8, 5:

> Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.

Eben derſelbe ſtellt in l. 8 de aq. et aq. pluv. 39, 3 Eigenthümer und Servitutberechtigte mit folgenden Worten einander gegenüber: sive in *corpore*, sive in *jure loci* . . . . . habeat quis jus. Sodann iſt es ein vielfach ſich wiederholender Rechtsſatz, daß, während das Eigenthum, trotzdem daß es doch nur ein Recht an einer Sache iſt, zu den körperlichen Sachen gerechnet wird, die andere Art der Rechte an Sachen, die Servituten, im ſcharfen Gegenſatze zum

---

f) A. v. Buchholtz, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen Röm. R. Berlin 1831. S. 157.

Eigenthum den unkörperlichen Sachen, den res, quae in jure consistunt, zugezählt werden[g]).

Practiſche Anwendung von dieſer Auffaſſungsweiſe, wonach Eigenthum und Servituten ganz verſchiedene Gegenſtände befaſſen, macht Ulpian in l. 13 § 2 de acceptil. 46, 4. Hier iſt von dem Fall die Rede, wo eine ganze Sache in Folge einer Stipulation geſchuldet wurde, und die Acceptilation nur auf einen Uſusfruct oder eine Wegeſervitut an dieſer Sache gerichtet war. Während nun die Acceptilation, die auf einen Theil der geſchuldeten Sache geht, völlig gültig iſt, und die Schuld bis zu dieſem Theile löſcht, ſoll hier ebenſowenig für einen Theil der geſchuldeten Sache eine Acceptilation ausgeſprochen ſein, als wenn dieſelbe für eine auf ein Haus gerichtete Stipulation auf Kalk, oder auf Fenſter, oder auf eine Mauer, oder auf Arbeitslohn geht, weßhalb ſie denn auch für ungültig erklärt wird. Auf gleiche Weiſe ſagt Paulus in der l. 17. de excepl. 44, 1: Wenn jemand erſt eine Wegegerechtigkeit an einem Grundſtück, dann aber das Eigenthum deſſelben Grundſtücks einklagt, ſo kann ihm die Einrede aus dem Judicat mit Erfolg nicht entgegengeſtellt werden, weil es ſich um Rechte an ganz verſchiedenen Sachen handelt (quia et diversa corpora sunt) und ganz Verſchiedenes reſtituirt werden muß.

Während alſo in dieſen Stellen die Servituten und zwar inclusive des Uſusfructs dem Eigenthume als dem Begriffe nach ganz verſchiedene Inſtitute entgegengeſtellt werden, und namentlich Gewicht darauf gelegt iſt, daß beide Rechtsverhältniſſe an ganz verſchiedenen Objecten beſtehen, und daher die Servitutenbefugniß nicht als ein partielles Eigenthum betrachtet werden ſoll, hat man wenigſtens für eine Art der Servituten, für den Nießbrauch, aus andern Stellen die Auffaſſung ableiten wollen, als ſei derſelbe in den Augen der Römer zugleich ein theilweiſes Eigenthum geweſen, der ſich von dem wirklichen Eigenthum nur durch den geringern Umfang unter-

g) Ulp. fr. t. 19 § 11; Gai. Inst. II, § 14, § 17, § 28; Vat. fr. de usufructu § 92; § 2 und 3 J. de reb. corporal. II, 2; l. 1 § 1 de divis. rerum 1, 8; l. 14 pr. de servit. 8, 1; l. 13 § 1 de damno infecto 39, 2; l. 2 § 3 de precario 43, 26.

ſcheide[h]). Namentlich ſollen die folgenden Entſcheidungen nach dieſer Seite hin beweiſend ſein.

In l. 76 § 2 de leg. II, 31 ſagt Papinian: Iſt von dem Eigenthümer einer Sache der Uſusfructuar derſelben zu ſeinem Erben eingeſetzt und ihm unter einer Bedingung auferlegt, dieſe belaſtete Sache einem Legatar zu geben, ſo darf er nach dem vermuthlichen Willen des Teſtators (voluntatis ratio non patitur, ut retineat), nicht den Ertrag der Sache in Folge ſeines Uſusfructs zurückhalten wollen; etwas anders iſt es bei den andern Servituten, welche dem Erben zuſtanden, quoniam, fährt Papinian fort, fructus portionis instar obtinet. Dieſe letzten Worte ſind meines Erachtens ſo zu umſchreiben: Denn nur der Fall, wo ein Uſusfruct beſteht, hat Aehnlichkeit mit dem Falle, wo der onerirte Erbe Eigenthum an einem Theile der legirten Sache hat, welches er dann bekanntlich auch dem Legatar übertragen muß. Die ganze Entſcheidung nimmt aber auf jeden Fall nur Rückſicht auf den vermuthlichen Willen des Teſtators, nicht etwa auf die Stellung des Uſusfructs im Rechtsſyſtem, und es wird nicht zu leugnen ſein, daß im Falle die legirte Sache mit einem Uſusfruct zu Gunſten des Erben belaſtet iſt, die Vermuthung vielmehr dafür ſtreitet, daß der Teſtator denſelben aufgehoben haben wollte, als das hinſichtlich der Prädialſervituten der Fall iſt, die etwa dem Erben zuſtehen. Denn dieſe ſind mit den betreffenden Grundſtücken enger verwachſen, zu der ſachgemäßen Benutzung des herrſchenden Grundſtücks häufig durchaus nöthig, und überall nicht in der Art ein Ausfluß der reinen Willkühr, wie der Uſusfruct. Dieſe ganze Auffaſſung der l. 76 §. 2 wird nun noch unterſtützt durch die l. 66 § 6 de leg. II, wo derſelbe Papinian den Fall, wo der Uſusfruct an der legirten Sache einem Dritten zuſteht, dahin entſcheidet, daß hier der Onerirte den Uſusfruct ablöſen und die Sache dem Legatar unbeſchwert überliefern müſſe, während eine Ablöſung anderer an der Sache haftender Servituten nicht von ihm gefordert werden könne. Dabei ſagt er vom Uſusfruct ausdrücklich „etsi in iure, non in parte consistit“.

In l. 70 § 2 de fidejuss. 46, 1 behandelt Gaius folgenden

h) Am entſchiedenſten iſt dieſe Anſicht neuerlich wieder vertreten von J. J. Bachofen, das römiſche Pfandrecht. Bd. I. S. 96—138.

Fall: Ein Hauptſchuldner ſchuldet ein Grundſtück; der Gläubiger nimmt dafür eine auf den Uſusfruct deſſelben Grundſtücks gerichtete Bürgſchaft an, und nun entſteht die Frage, ob der Bürge zur Leiſtung des Uſusfructs angehalten werden könne, oder ob er ganz frei ſei, da er nicht etwa nur ein kleineres, ſondern ein ganz anderes Object zu leiſten verſprochen hat, als worauf die Hauptſchuld gerichtet war. Nobis in eo videtur dubitatio esse, fährt Gaius fort, ususfructus pars rei sit, an proprium quiddam; sed quum ususfructus fundi jus est, incivile est, fidejussorem ex sua promissione non teneri. Dieſe Entſcheidung läßt jedoch den erhobenen Zweifelsgrund, ob nicht der Uſusfruct etwas ganz anders und durchaus nicht ein Theil der Sache ſei, unerledigt und ſtützt ſich nur darauf, daß es unbillig (incivile) ſei, hier die ſtrenge Anſicht durchgreifen zu laſſen, und den Bürgen von ſeinem Verſprechen gänzlich zu befreien, das doch immer wenigſtens in Beziehung zu derſelben Sache ſtand.

Wenn nun ſchon hieraus nicht abgeleitet werden kann, daß der Nießbrauch ein partielles Eigenthumsrecht iſt, ſo kann das noch weniger aus den folgenden Stellen entnommen werden. In l. 58 de V. O. 45, 1 ſagt Julian: Wer ſich erſt den Uſusfruct eines Grundſtücks verſprechen läßt und dann ſpäter das Grundſtück ſelbſt, iſt dem ähnlich, welcher ſich erſt einen Theil und dann das Ganze verſprechen läßt, weil die Erfüllung eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Verſprechens da, wo der Tradent ſich den Uſusfruct zurückbehält, ebenſowenig vollſtändig geſchehen iſt, als wenn ein Theil des Eigenthums zurückbehalten wäre. Darum enthält das zweite Verſprechen immer auch das erſte [1]). Und auf der andern Seite iſt der, welcher ſich erſt einen Acker verſprechen läßt und dann den Uſusfruct an demſelben, aus eben dieſem Grunde dem ähnlich, welcher ſich zuerſt das Ganze und dann einen Theil verſprechen läßt. Dieſe ganze Entſcheidung Julians beruht alſo nur auf dem von uns nicht geleugneten Grunde, daß das Eigenthum in ſeiner Totalität auch die Befugniß, den Nießbrauch aus der Sache zu ziehen, enthält, ſo lange dieſe Befugniß nicht Gegenſtand einer eigenen Servitut geworden iſt.

1) Dies wohl der Sinn der Worte: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur.

Derſelbe Grund leitet Pomponius, wenn er in l. 21 § 3 de exc. rei iud. 44, 2 entſcheidet, daß das Urtheil über die vindicatio rei eine Exception begründe gegen eine vindicatio ususfructus, wenn dieſer an derſelben Sache, wegen deren Eigenthum früher geklagt iſt, beſtehen ſoll, und aus demſelben Grunde abgeleitet wird, über den damals entſchieden iſt[k]), und ebenſo ſagt Paulus in l. 27 § 8 de pactis 2, 14, wer ein pactum de non petendo wegen eines Grundſtücks abgeſchloſſen hat, ſoll ſpäter nicht noch wegen des Uſusfructs klagen können.

Während dieſe Stellen uns nun alſo den zuerſt genannten entſchiedenen Ausſprüchen gegenüber nicht erweiſen können, daß die Römer den Uſusfruct im Gegenſatz zu den übrigen Servituten als ein Recht auffaſſen, welches, wie das Eigenthum, die körperliche Sache zu ſeinem Objecte hat, können wir im Gegentheil aus einzelnen dieſer Entſcheidungen noch weitere Momente für die eigenthümliche römiſche Auffaſſung der Servituten entnehmen, ſo aus der l. 66 § 6 de leg. II, und aus der l. 70 § 2 de fidejuss. 46, 1. Mannigfache Verſchiedenheiten, aus denen man einen ganz andern Character des Uſusfructs hat ableiten wollen, ſind unten zu beſprechen, wo wir ſehen werden, wie ſie mit den Eigenthümlichkeiten des Uſusfructs, namentlich mit der dem Uſufructuar zuſtehenden Detention der ganzen dienenden Sache zuſammenhängen.

Daß ſich nun aber die gänzliche Begriffsverſchiedenheit von Eigenthum und Servitut nicht, wie man ſolches häufig darſtellt, nur durch den größern oder geringern Umfang der Berechtigung an der Sache erklären läßt, möchte ſchon aus dem Seitherigen hervorgehen, und man darf den römiſchen Juriſten gewiß nicht die Meinung unterſchieben, daß ſie nur deßhalb das Eigenthum als körperliche Sache darſtellten, weil ſeine Grenzen äußerlich ſichtbar ſind, die Servituten dagegen als unkörperliche Sachen, weil zwar „ihr Gegenſtand wie bei Eigenthum eine körperliche Sache iſt", aber „die Art und Weiſe, wie die Sache Gegenſtand des Rechts iſt, etwas unſicht-

k) Wir ſahen oben ſchon, daß Paulus in l. 17 de exc. 44, 1 den umgekehrten Fall, wenn erſt der Uſusfruct und dann das Eigenthum vindicirt wird, dahin entſcheidet, daß der zweiten Klage die Einrede aus dem Judicat nicht entgegengehalten werden kann.

bares ist“ [l]). Das würde doch nie jene Aussprüche in l. 25 pr. de V. S. und in l. 4 si serv. vind. rechtfertigen. Ich möchte vielmehr diese Erscheinung auf folgende Weise erklären:

Die römische Denkart sträubte sich gegen eine jede Beschränkung eines einmal erworbenen Rechts, sie wollte für öffentliche wie für Privat-Rechte in dem subjectiven Willen des Berechtigten und in dem durch die Natur der Sache festgesetzten Umfang die einzige Grenze finden, und mußte daher auch der Bildung und Vermehrung der Servituten als Beschränkungen des wichtigsten Rechts, des Eigenthums, den möglichsten Widerstand entgegensetzen. Als aber das dringende Bedürfniß, unterstützt durch die Schwächung des alten römischen Volksgeistes, immer mehr und mehr Servituten entstehen ließ, zeigte sich die alte Auffassungsweise wieder darin, daß man denselben nun einen Charakter abzugewinnen suchte, der die nationale Denkart am wenigsten verletzte, und so faßte man sie nicht auf, als ob sie dieselbe Sache, wie das Eigenthum zum Gegenstand hätten und deßhalb mit diesem collidirten, dieses begrenzten, sondern als ob sie an einer ganz andern, allerdings nur fingirten Sache bestänben, an einer res, quae in jure consistit, und über diese dann die selbständige Herrschaft des dominium gewährten [m]).

Den mannigfachen Handlungen nämlich, welche an einer Sache vermöge ihrer Natur vorgenommen werden können, und zu denen daher die Herrschaft über die Sache die Befugniß ertheilt, steht jedesmal eine Eigenschaft der Sache gegenüber, welche diese Handlung

---

l) Puchta, Rheinisches Museum Bd. I. S. 308. Arndts, zur Lehre von der Emphyteuse in der Gießer Zeitschrift N. Flg. Bd. III. 1847. S. 257.

m) Dominium servitutis und namentlich dominium ususfructus findet sich häufiger, z. B. in l. 3 si ususfr. petatur 7, 6; l. 8 pr. de rebus auctor. jud. poss. 42, 5; l. 15 § 8 quod vi aut clam 43, 24: Stellen, die mit Veranlassung geworden sind, daß Du Roi (in seinem Aufsatz über actio in rem und in personam, jus in re und obligatio, im Archiv für civ. Praxis Bd. 6. 1823.) die Servituten als ein Dominium an Rechten, also als Recht an Rechten auffaßt. Diese Ansicht, die sich von meiner wesentlich scheidet, wird einer neuen Widerlegung nicht bedürfen, nachdem solche von Puchta (im Rheinischen Museum Bd. I. 1827.) und von andern so genügend durchgeführt ist. In l. 1 § 3 de remiss. 43, 25 wird dominium den Servituten entgegengesetzt, steht also im Sinne des vollen Eigenthums.

erſt ermöglicht, ſo der Befugniß Früchte aus der Sache zu ziehen, die Eigenſchaft derſelben, Früchte zu tragen — der Befugniß das Höherbauen eines Hauſes zu verbieten, die Eigenſchaft deſſelben, vermöge deren ſolcher Höherbau nicht in Folge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit eintritt, ſondern die Folge willkührlicher menſchlicher Handlungen auf dem Grundſtück iſt.

Dieſe einzelne poſitive oder negative Eigenſchaft der Sache erſcheint nun als in Folge der Servitutbeſtellung aus der Sache ſelbſt herausgenommen, ſie iſt ein innerlicher Beſtandtheil der Sache, der von ihr getrennt und dann veräußert iſt, und nur in ſo fern in Verbindung mit derjenigen Sache ſteht, welche Gegenſtand des Eigenthums iſt, als beide körperlich mit einander vereinigt ſind, und die eine Trägerin der andern iſt. So kann denn Paulus von der Sache, die im Eigenthum ſteht, ſagen: cuius non potest, ulla pars dici alterius esse (scilicet usufructuarii); oder Ulpian dem Servitutberechtigten die körperliche Sache (loci corpus) ganz abſprechen. Allein immer bleibt die Servitut ein jus in re aliena[n]), denn das Object derſelben, die fingirte Sache, iſt ja in der körperlichen Sache des Eigenthümers enthalten, und darum hat der Servitutberechtigte das Recht, aus dieſer ſeine Sache zum Zwecke der Benutzung auszuſcheiden. Die dienende Sache wird daher durch die Servitut intenſiv kleiner, und das deutet denn auch wieder der römiſche Sprachgebrauch an, wenn er einen nicht mit Servituten belaſteten fundus durch *uti optimus maximusque est*[o]) oder als *res libera*[p]) bezeichnet, ſo daß alſo nicht das Eigenthum allein als unbeſchränkt bezeichnet wird, ſondern die Sache ſelbſt. Ebenſo wird die auferlegte Servitut als conditio fundi bezeichnet[q]).

Da aber die ſo losgetrennte Eigenſchaft nur eine fingirte Sache iſt, ſo kann ſie nicht, wie unten weiter zu beſprechen iſt, Gegenſtand einer wirklichen rei vindicatio ſein, die ſtets eine körperliche Sache vorausſetzt, ſondern ſie wird durch eine dieſer nachgebildeten Klage

---

n) L. 2 de usufr. Est enim ususfructus jus in corpore.

o) L. 48, l. 75 de evict. 21, 2; l. 59 de contr. emt. 18, 1; l. 90, l. 169 de V. S. 50, 16.

p) L. 59 de contr. emt. 18, 1; l. 20 § 1 de acq. dom. 41, 1.

q) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

geſchützt, durch eine vindicatio rei incorporalis, oder, wie ſie genannt wird, vindicatio juris[r]), womit dann die bei Servituten anwendbare in jure cessio in unmittelbarem Zuſammenhange ſteht. Ferner wird bei ihr Möglichkeit des Beſitzes und der Tradition angenommen, aber auch nur in Folge analoger Ausdehnung dieſer Inſtitute durch juriſtiſche Fiction, und deßhalb wird hier von quasi possessio[s]) und quasi traditio geſprochen.

Auf dieſem Wege erreicht nun das römiſche Recht, daß trotz der Servitutbeſtellung das Eigenthumsrecht unbeſchränkt und unbegränzt bleibt, und durch dieſelbe nur die Sache, welche Gegenſtand des Eigenthums iſt, mittelſt Ausſcheidung einer in ihr enthaltenen Eigenſchaft verkleinert wird, gleichſam als ob ein körperlicher Theil derſelben veräußert würde. Von einem ſolchen Acte unterſcheidet ſich unſer Fall aber wieder dadurch, daß hier die Ausſcheidung der neuen Sache nur durch rechtliche Fiction vor ſich geht, und daher, ſo wie dieſe aufhört, d. h. die Servitut erlöſcht, ſich beide Sachen auch rechtlich wieder verbinden; ſteht darum die eine im Eigenthum, ſo accrescirt gleichſam demſelben die in der Servitut ſeither enthaltene Befugniß, die Sache conſolidirt.

Ausdrücklich will ich mich jedoch dagegen verwahren, daß ich nicht glaube, daß dieſe Trennung in zwei Sachen auch anders, als durch reine juriſtiſche Fiction vor ſich gehen könnte, daß auch eine wirkliche körperliche Trennung der im Eigenthum ſtehenden und der von der Servitut ergriffenen Sache möglich ſei, wie Büchel[t]) ſolche angenommen hat. Denn nach ihm ſoll der Unterſchied zwiſchen ländlichen- und Gebäudeſervituten darin beſtehen, daß bei dieſen eine Schmälerung des phyſiſchen oder körperlichen Umfangs der dienenden Sache ſtattfinde, d. h. alſo ein körperlicher Beſtandtheil ausſchließlicher Gegenſtand der Servitut werde und aus dem Eigenthum ausſcheide. Büchel beruft ſich dafür, ohne die Anſicht näher

r) Fr. Vat. § 92; l. 5 § 1 und 2 si usufr. pet. 7, 6; l. 2 pr. und § 1 si serv. vind. 8, 5.

s) Gaius IV. § 139; pr. J. de interd. IV, 15; l. 23 § 2 ex quibus causis 4, 6; l. 10 pr. si serv. 8, 5; l. 2 § 3 de precario 43, 26; l. 3 § 17 de vi 43, 16.

t) In dem erſten Nachtrag (1839) zu ſeiner Abhandlung über jura in re und deren Verpfändung, Erörterungen 2te Aufl. S. 423.

zu begründen, auf das Beispiel der affirmativen Gebäude-Servituten, bei denen das am leichtsten einzusehen sei; allein das Beispiel derselben, wie das der servitus tigni immittendi, möge dann auch zeigen, wie keineswegs der von dem Balken eingenommene Raum aus dem Eigenthume des frühern Eigenthümers ganz ausgeschieden ist, indem der Servitutberechtigte nach Herausnahme des Balkens durchaus keinen Anspruch auf die dadurch entstandene Nische hat, und dieselbe nicht in anderer Weise benutzen kann, selbst nicht, wenn dadurch das dienende Grundstück durchaus nicht mehr belastet wird. Vielmehr kann der Eigenthümer der dienenden Sache aus diesem Raum allen Vortheil ziehen, der nicht gegen die in der Servitut enthaltene Befugniß anstößt, und namentlich also, so lange der Berechtigte keinen Balken immittirt, diese Lücke nach Belieben benutzen. Directe Beweisstellen lassen sich freilich dafür so wenig, wie für das Gegentheil anführen, allein mit Nothwendigkeit folgt das z. B. aus den genauen Bestimmungen, die über den Gebrauch derartiger Servituten gegeben werden, und die, wenn der ganze Raum in's fremde Eigenthum übergegangen wäre, höchst unmotivirt wären. Ein Beispiel aus den negativen Gebäude-Servituten wird noch mehr die Unhaltbarkeit der Ansicht nachweisen. Würde nämlich durch die servitus altius non tollendi wirklich der ganze Luftraum, in dem nicht gebaut werden dürfte, dem herrschenden Grundstücke einverleibt, so könnte der Eigenthümer des letztern verlangen, daß von dem dienenden Grundstücke aus in diesem Luftraum keinerlei Handlung vorgenommen, nicht in denselben geworfen oder geschossen, nicht durch eine Fontaine Wasser in denselben gespritzt würde u. s. w.[u]), was doch niemand ernstlich behaupten wird.

Ehe ich nun meine oben aufgestellte Ansicht über das Wesen der Servituten nach allen Seiten hin begründen und den gebräuchlichen Annahmen gegenüber stellen kann, wird es nöthig sein, daß ich zunächst auf das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten näher eingehe, da, wenn auch daraus kein charakteristisches Merkmal für alle Servituten entnommen werden kann, sich doch gerade hier die Consequenzen der verschiedenen Anschauungs-

u) Arg. leg. 8 § 5 si serv. vind. 8, 5.

weiſen zeigen, wie denn überhaupt dieſes Verhältniß practiſch das wichtigſte der ganzen Servitutenlehre iſt.

§. 5.

Wirkung der Errichtung einer Servitut gegenüber dem Eigenthümer der dienenden Sache.

Das Eigenthum, als die ausſchließliche, vom Recht anerkannte und geſchützte Herrſchaft einer Perſon über eine Sache, gewährt dem Innehaber dieſes Rechts die Totalität aller Befugniſſe, welche an der Sache ihrem Weſen gemäß möglich ſind, und namentlich auch aller derer, welche den Inhalt der Servituten bilden würden, die möglicher Weiſe an der Sache beſtellt werden könnten. Eine generelle Abgrenzung und Aufzählung aller dieſer aus dem Eigenthume erwachſenden Befugniſſe iſt unmöglich, indem ſie ebenſo mannigfach ſind, als die Handlungen, die ein Menſch nur immer begehen kann, und ſelbſt diejenigen Beziehungen, in welchen der Gebrauch einer Sache Nutzen zu gewähren vermag, können ſich fortwährend vermehren oder vermindern. Daraus ergiebt ſich dann ſchon, daß es nicht möglich iſt, rückwärts aus einzelnen Befugniſſen ein Eigenthum zu reconſtruiren, oder durch Ausſcheidung verſchiedener einzelner Befugniſſe das Eigenthum ganz aufzuheben; es wird immer eine Differenz bleiben zwiſchen den entzogenen einzelnen Eigenthumsbefugniſſen und den der Zahl nach unendlichen, mit dem Eigenthum verbundenen Berechtigungen, und daher, wenigſtens dem Rechtsbegriffe nach, das Eigenthum auf dieſe Weiſe nie aufgehoben werden können. Da nun ferner ſich nicht beſtimmen läßt, in welchem Theilungsverhältniß die einzelne Befugniß zu den übrigen unzähligen ſteht, welche aus dem Eigenthum fließen, und weder ein praktiſches noch juriſtiſches Intereſſe eine Ausſcheidung einer ſolchen einzelnen Befugniß aus dem Begriff des Eigenthums fordert, ſo wurde dieſelbe gar nicht als ein eigener Theil des Eigenthums angeſehen, ja es war ſogar die Auffaſſung gewöhnlich, als ſei vor der Servitutbeſtellung die einzelne Befugniß nicht im Eigenthum enthalten, als gehe ſie in der Allgemeinheit deſſelben unter. So ſagt Paulus in l. 63 de usufr. 7, 1: Was unſer nicht iſt, übertragen wir doch auf andere, wie ja der, welcher ein Grundſtück

hat, den Ususfruct desselben, obgleich er ihn selbst nicht hat, auf andere übertragen kann. Ferner Ulpian in l. 5 pr. si ususfr. petatur 7, 6: Nur der welcher den Ususfruct hat, kann die Intention brauchen: *jus uti frui sibi esse*, nicht aber der Eigenthümer der Sache, weil derjenige, welcher Eigenthum hat, nicht ein besonderes Recht (jus separatum) auf den Nießbrauch hat.

Gleichwohl aber wird dem Eigenthümer, einmal von demselben Paulus, von welchem die citirte l. 63 stammt, geradezu auch der Ususfruct zugesprochen. Denn die l. 4 de usufr. 7, 1 sagt: Der Ususfruct ist in vielen Fällen ein Theil des Eigenthums[a]). In §. 1 J. de usufr. 2, 4 heißt es: Ususfructus a proprietate separationem recipit. In andern Stellen: Ususfructus ad proprietatem revertitur[b]), accedit[c]), cum proprietate est[d]) und ähnliches. Diese Auszeichnung verdankt die Befugniß zum Nießbrauch im Gegensatz zu den übrigen Eigenthumsbefugnissen wohl dem Umstande, daß da, wo sie Gegenstand einer Servitut wird, ihre Grenzen nicht, wie das bei den andern Befugnissen mehr oder weniger der Fall ist, jedesmal von der Individualität des Berechtigten abhängen, sondern daß sie durch das Productionsvermögen der Sache bestimmt zu werden pflegt und daher sich schon vor der Servitutbestellung von den übrigen Eigenthumsbefugnissen abheben und trennen läßt. Dazu kommt noch, daß die durch den Ususfruct verliehene Befugniß, vermöge des universellen und ausschließlichen Charakters derselben, dem Eigenthümer für dessen Dauer gänzlich entzogen zu sein pflegt[e]) und bei der Recession also auch gänzlich zurück erworben wird, so daß die Constituirung des Ususfructs und die spätere Recession desselben an den Eigenthümer leicht so aufgefaßt werden

a) Hierauf stützte sich vor Allem die schon seit den Glossatoren übliche Eintheilung des Ususfructs in einen ususfructus *materialis* und *formalis*.

b) L. 3 § 2, l. 54 de usufr. 7, 1.

c) L. 3 § 1 de usufr. accresc. 7, 2.

d) L. 4 si usufr. petatur 7, 6. Dieser Gesichtspunkt ist auch durchgeführt in l. 78 de jure dotium 23, 3 und l. 21 § 3 de ex. rei judic. 44, 2.

e) Wir werden jedoch im Nachfolgenden sehen, wie das nur äußerlich meistentheils so erscheint, wie aber doch dem Eigenthümer eine eventuelle Befugniß zum Fruchtgenuß bleibt.

konnten, als seien sie völlig gleichartige, nur auf Uebertragung des Benutzungsrechts gerichtete Geschäfte.

Diese Anschauung der im Ususfruct enthaltenen Befugniß ist aber auf jeden Fall nicht die allgemeine, vielmehr wird sie in praktischen Fragen, wie die übrigen Eigenthumsbefugnisse, bis zur Servitutbestellung als ein ungeschiedener Eigenthumsbestandtheil der Regel nach angesehen. Demnach entsteht auch für sie die Frage, wie geht in dem Act der Servitutbestellung die Ausscheidung der Servitut vor sich, und wie hat man sich den Uebergang der Befugniß auf den Servitutberechtigten zu denken, und zu dieser Frage werden wir nunmehr übergehen.

Nimmt man mit uns an, daß die Servitut die Herrschaft über eine als selbständige Sache fingirte Eigenschaft der dienenden Sache ist, so wird man die Servitutbestellung als eine Ausscheidung dieser Eigenschaft aus der körperlichen Sache und Uebertragung derselben auf den Servitutberechtigten ansehen müssen. Der Eigenthümer schafft dabei aus der Substanz der ihm eigenthümlichen Sache eine ganz neue Sache, die, wie Paulus in der oben besprochenen l. 63 de usufr. sagt, ihm selbst seither noch gar nicht gehörte, und die Herrschaft über diese seine Schöpfung verleiht er dem Erwerber der Servitut. Dadurch wird seine Sache, wie wir schon andeuteten, intensiv kleiner, aber diese Verminderung besteht nicht darin, daß ihr die Eigenschaft, welche der Servitut zu Grunde liegt, ganz und gar genommen wird, oder daß, mit andern Worten, die Befugniß, welche der Servitutberechtigte ausübt, ganz und gar dem Eigenthümer entzogen ist, sondern er verliert sie nur so weit, als sie der Servitutberechtigte erwirbt, und demgemäß gestaltet sich das Verhältniß bei den verschiedenen Servituten ganz verschieden, wie die nachfolgenden drei Beispiele lehren mögen.

Ist ein Ususfruct an einer Sache bestellt, so ist damit die Eigenschaft der Sache, Fruchtgenuß zu gewähren, dem Usufructuar zur Benutzung überwiesen, und noch dazu, wie wir später sehen werden, mit der ausdrücklichen Gestattung, den Fruchtgenuß auch durch andere Personen ziehen zu dürfen. Nun aber können die sämmtlichen Früchte einer Sache nur von einem zur Zeit gezogen werden, und wenn daher der Usufructuar oder die von ihm Beauftragten das thuen, so ist der Eigenthümer von dem Fruchtgenuß

ausgeſchloſſen und die Veräußerung der Eigenſchaft, wonach die Sache dieſem berechtigten Uſufructuar Fruchtgenuß gewährt, kommt dem Effecte nach der Veräußerung der ganzen Eigenſchaft, vermöge deren ſie überhaupt Fruchtgenuß bietet, meiſtentheils gleich. Nur wenn der Uſufructuar ſein Recht nicht braucht, zeigt es ſich, daß die körperliche Sache noch die Eigenſchaft beſitzt, Fruchtgenuß zu gewähren, und der Eigenthümer kann ſie gegen jeden vertheidigen, der ſich dieſe Eigenſchaft unbefugt anmaßt. Der Beweis dafür liegt darin, daß in l. 11 § 2 de pign. 20, 1 dem Käufer eines Uſusfructs und dem Gläubiger, welcher denſelbem zum Pfande erhalten hat, der prätoriſche Schutz vermittelſt einer Exception gegen die negatoriſche Klage des Eigenthümers zugeſagt wird. Eine ſolche war aber nur nöthig, wenn letzterer trotz dem fremden Uſusfructe doch immer noch dritten vom Uſufructuar nicht autoriſirten Perſonen die Ausübung verweigern und ſie wegen unberechtigter Ausübung verfolgen konnte, und das ſetzt wieder voraus, daß er, weil ſonſt die Klage für ihn kein Intereſſe gehabt hätte, eventuell ſelbſt zur Ausübung befugt war. Ein fernerer Beweisgrund läßt ſich daraus entnehmen, daß wenn die Früchte geſtohlen werden, ehe die Perception Seitens des Uſufructuars geſchehen war, und alſo, ehe ſie von dieſem zum Eigenthum erworben waren, der Eigenthümer die condictio furtiva anſtellen kann [f]), ſo daß alſo, ſo lange der Uſufructuar die Früchte nicht percipirt hat, ſie dem Eigenthümer zuſtehen müſſen. So weit daher der Uſufructuar von der Eigenſchaft der Sache, in Folge welcher ſie Fruchtgenuß gewährt, keinen Gebrauch macht, ſteht ſie nach wie vor dem Eigenthümer zu [g]); nur kann dieſer dem erſteren

f) L. 12 § 5 de usufr. 7, 1.

g) Man könnte eine entgegengeſetzte Anſicht darauf gründen, daß nach Juſtinians Entſcheidung in l. 1 § 2 C. commun. de manum. 7, 15 eine vom Uſufructuar vorgenommene Freilaſſung des im Uſusfruct ſtehenden Sklaven dem Eigenthümer nicht die Befugniß verleiht, fortan den Sklaven beliebig für ſich zu benutzen, ſondern ihn vielmehr nöthigt, ſo lange als der Uſusfruct gedauert haben würde, keinerlei Anſpruch auf Dienſtleiſtung an den Sklaven zu machen. Das würde allerdings beweiſen, daß die im Uſusfruct enthaltene Befugniß dem Eigenthümer ganz entfremdet ſei, wenn man die Freilaſſung eines Sklaven nur wie eine Dereliction deſſelben auffaſſen könnte, und ſie nicht vielmehr ein eigenes, ſpeciellen Regeln unterliegendes Inſtitut wäre, welches

gegenüber niemals ein Recht darauf beanſpruchen, ſondern nur dritten gegenüber, und ſollte der Uſufructuar daher für gut finden, die Früchte eines Jahres auf dem Felde umkommen zu laſſen, ſo iſt er dazu kraft ſeiner Herrſchaft befugt, und wenn der Eigenthümer dieſelben gegen ſein Gebot einernten will, ſo kann er ihn mit ſeinen Rechtsmitteln zurückweiſen. Dennoch aber kann man nicht annehmen, daß dem Eigenthümer die Eigenſchaft, wonach die Sache Fruchtgenuß gewährt, in ihrer Totalität entzogen iſt.

Wenn dagegen eine Wegegerechtigkeit beſtellt wird, ſo iſt dadurch wieder nicht die Eigenſchaft des Grundſtücks, vermöge deren auf demſelben gegangen werden kann, Gegenſtand der Servitut geworden, alſo die Befugniß, auf demſelben zu gehen, veräußert, ſondern es iſt nur die Eigenſchaft ausgeſchieden, vermöge deren dieſer beſtimmte Berechtigte in der und der Richtung und in der und der Weiſe auf dem Grundſtücke gehen kann. Dadurch iſt nun jene generelle Eigenſchaft deſſelben, begangen werden zu können, allerdings zum Theil abſorbirt; denn kein Grundſtück iſt derartig, daß auf demſelben eine unbeſchränkte Anzahl gleichzeitig in derſelben Weiſe gehen könnte, und ſobald daher Einer kraft eigenen Rechtes dort geht, wird ein anderer möglicher Weiſe von gleicher Benutzung abgehalten; — allein dieſe Verminderung der allgemeinen Eigenſchaft iſt ſo gering, daß dieſe Folge der Servitut den Eigenthümer ſelten berühren wird und daher hinter eine andere ſpäter zu beſprechende Wirkung ganz zurücktritt. Höchſtens, wenn er oder ein anderer Berechtigter gerade gleichzeitig mit dem Servitutinnehaber auf demſelben Wege und in derſelben Weiſe gehen will, wird er fühlen, daß eine Eigenſchaft ſeiner Sache in fremden Händen iſt, und hier muß er dann ausweichen, ja ſelbſt umkehren, wenn er dem Berechtigten auf einem für das Ausweichen zu engen Wege begegnet.

Ein Beiſpiel der negativen Servituten möge endlich lehren, daß auch die Befugniß, welche der Servitutberechtigte erwirbt, möglicher Weiſe ganz unbeſchränkt beim Eigenthümer zurückbleiben kann. Denn bei Beſtellung einer servitus altius non tollendi wird die Eigenſchaft ausgeſchieden, vermöge deren jemand fordern kann, daß das Haus

---

durch den Geſetzgeber überall und häufig auf Koſten der juriſtiſchen Conſequenz begünſtigt wird.

nicht höher gebaut werde, jedoch wieder nur so weit veräußert, als eine bestimmte Person, nämlich der Servitutberechtigte solches fordern kann. Eine solche Befugniß, vermöge deren ich verlangen kann, daß etwas nicht geschieht, kann nun aber der Natur der Sache nach von Unzähligen gleichzeitig geübt werden, ohne daß dadurch einer den andern beschränken wird, und deßhalb mindert die einem einzelnen ertheilte Befugniß die generelle Befugniß, das Höherbauen zu verbieten, nicht im Geringsten, so daß der Eigenthümer, auch wenn er noch so vielen Personen eine servitus altius tollendi verliehen hat, nach wie vor unbeschränkt fordern kann, daß niemand auf seinem Hause baue. Deßhalb ist denn auch seine Sache nicht um diese Eigenschaft vermindert, wohl aber, wie wir sehen werden, um eine andere.

Die an einer Sache möglichen Befugnisse können, wenn sie sich auch alle in dem Eigenthum vereinigen, doch nicht immer gleichzeitig neben einander geübt werden, sondern sie stehen sehr häufig in dem Verhältniß, daß die Ausübung der einen die andere ausschließt. Der Eigenthümer kann sein Grundstück überschwemmen und auch ganz austrocknen, aber er kann nicht beides gleichzeitig; will er die eine Eigenschaft benutzen, so muß er die andere unbenutzt lassen. Das hat denn nun auch zur Folge, daß wenn er eine Eigenschaft zu einer selbständigen Sache gemacht und fremder Herrschaft unterworfen hat, nunmehr auch die Eigenschaften, welche mit der Benutzung jener unverträglich sind, von ihm nicht angewandt werden dürfen, um den Gebrauch der Servitut indirect zu vereiteln. Dies fließt aus dem Charakter der Servituten als dinglicher Rechte.

Da nämlich das Recht des Servitutberechtigten an der neu entstandenen Sache ein absolutes ist, das jedem gegenüber mit gleicher Kraft wirkt und gegen jede unberechtigte Störung Rechtshülfe beanspruchen kann, so hat auch der Eigenthümer der dienenden Sache solches zu achten. An sich ist er nun dabei zwar zu nichts anderm verpflichtet, als was alle andern Personen zu beobachten haben, allein für ihn hat dieses Verbot, das fremde Recht in keiner Weise zu stören, in so fern eine weit größere factische Wichtigkeit, als er jetzt alle jene Eigenthumsbefugnisse, die mit der Servitutbefugniß collidiren, nicht mehr auszuüben vermag. Dies tritt insbesondere bei der Befugniß entgegen, welche den geraden Gegensatz zu der

Servitutbefugniß bildet, und die daher, wenn letztere eine negative iſt, welche Vornahme gewiſſer Handlungen verbietet, grade auf Vornahme dieſer Handlungen gerichtet iſt, während, wenn eine poſitive Handlung Inhalt der Servitutberechtigung iſt, die den Gegenſatz bildende Eigenthumsbefugniß dahin geht, die beſtimmte Handlung dem Betreffenden zu verbieten. Wenn nun auch, wie wir oben ſahen, nicht immer die als Servitut conſtituirte Befugniß dem Eigenthümer entzogen zu ſein braucht, ſo tritt dagegen dieſe Wirkung, daß er die mit der Servitutbefugniß collidirenden Befugniſſe nicht ausüben darf, überall in gleicher Weiſe ein, und erſcheint mitunter als die einzige Wirkung der Servitutbeſtellung für den Eigenthümer. So hat, um in unſern obigen Beiſpielen fortzufahren, die servitus altius non tollendi, welche dem Eigenthümer das Recht auf Unterſagung jedes Höherbaus durchaus nicht entzieht, wohl aber die Suspenſion des ihm ſonſt zuſtehenden jus altius tollendi zur Folge, während der Uſusfruct und die Wegegerechtigkeit neben der bereits dargeſtellten Wirkung auch noch das jus uti frui prohibendi, und das jus ire agere prohibendi ſuſpendirt. Ich ſage ſuſpendirt, denn es wird dieſe Befugniß dem Servitutberechtigten keineswegs erworben; derſelbe hat nicht das Recht, höher zu bauen, und nicht das Recht, Eigenthumshandlungen an der Sache zu verbieten, wenn ſolche nicht etwa zugleich die Servitut verletzen. Daher bleiben dieſe Befugniſſe beim Eigenthümer zurück, aber er darf ſie, ſo weit dadurch die Benutzung der Servitut behindert wird, nicht ausüben, wie er das ſchon früher vor der Servitutbeſtellung aus factiſchen Gründen nicht konnte, wenn er ſelbſt von der in der Servitut enthaltenen Befugniß Gebrauch machen wollte.

Von Scheurl hat das Verdienſt erworben, zuerſt mit Nachdruck darauf aufmerkſam gemacht zu haben, wie bei der Servitutbeſtellung nicht immer dieſelbe Befugniß dem Eigenthümer verloren, und dieſelbe dem Servitutberechtigten erworben wird, ſondern beide ſich gerade gegenüber ſtehen können. Allein er gerieth durch dieſe Beobachtung auf einen Abweg, indem er verkannte, wie doch immer die in der Servitut enthaltene Befugniß aus den Eigenthumsbefugniſſen abgeleitet iſt, wie ſich auf deren Uebertragung der Wille der Parteien vor Allem richtet und dieſe immer die Hauptſache bleibt, und wie daher die Entziehung der entgegengeſetzten Befugniß nur eine ſekundäre

Folge der ersteren ist, die aus dem Charakter der Servitut, als einem dinglichen Recht, mit Nothwendigkeit hervorgeht. Das Bestreben, diese Folge als die einzige und beabsichtigte Wirkung an die Spitze zu stellen, ist von Büchel[h]) und Arndts[i]) mit Recht als eine Umkehrung des natürlichen Verhältnisses bezeichnet worden, die um so weniger zu billigen ist, als es bei Annahme derselben unerklärt bleibt, wie die Befugniß, sich in dem Augenblick ihrer Uebertragung aus einer negativen zu einer positiven umwandeln soll, oder umgekehrt.

Um meine seither auseinandergesetzte Ansicht von dem Wesen der Servituten kurz zu wiederholen, so haben sie zu ihrem Gegenstand eine bestimmte Eigenschaft der dienenden Sache, und diese Eigenschaft wird als selbständige Sache rechtlich fingirt. Der Eigenthümer schafft diese neue Sache im Augenblicke der Servituterrichtung, und wenn ihm dadurch auch nicht immer die vom Servitutberechtigten erworbene Befugniß entzogen zu sein braucht, so ruhen doch für ihn alle die Befugnisse, welche mit der ausgeschiedenen Servitutbefugniß nicht gleichzeitig geübt werden können.

Während ich nun also die Servituterrichtung als eine Minderung der dienenden Sache selbst ansehe, und für diese Ansicht nicht nur zahlreiche Quellenaussprüche zeugen, sondern auch alle Erscheinungen der Servitutenlehre damit in Einklang gebracht werden können, geht die herrschende Meinung dahin, die Servituterrichtung sei eine Minderung des Eigenthumsrechts an der dienenden Sache, und man faßt dann, um Büchels[k]) Worte zu gebrauchen, der diese Ansicht mit besonderm Nachdruck vertreten hat, mit dem aber die meisten Darstellungen der Sache nach übereinstimmen, die Servituten auf als „bestimmte aus dem Umfang des Eigenthums wirklich abgelößte und dem Servitutberechtigten eigenthümlich und selbständig, d. h. dem Rechte nach, so wie sie im

h) Im zweiten Nachtrage (1846) zu der Abhandlung über jura in re und deren Verpfändung. Erörterungen. 2te Aufl. S. 444.

i) In dem Aufsatz: Zur Lehre von der Emphyteuse, in der Gießer Zeitschrift. Neue Folge. Bd. III. S. 255. 1847.

k) Ueber jura in re und deren Verpfändung, in den civilrechtl. Erörterungen. 2te Aufl. S. 288.

Eigenthum enthalten waren, jedoch in Folge der Ausscheidung dem Servitutberechtigten als eigenes und unabhängig vom Eigenthum zustehendes Recht, eingeräumte Befugnisse". Allein bei dieser Auffassung wird es einmal nicht genügend gerechtfertigt, daß der „abgelößte Eigenthumsbestandtheil" mit dem Wegfall des Servitutberechtigten, trotzdem daß der Eigenthümer jedes Recht daran aufgegeben hat, ipso jure an diesen zurückfällt, und nicht vielmehr, wie das doch consequent wäre, eine res nullius wird, während dieser Umstand nach meiner Auffassung mit Nothwendigkeit daraus folgt, daß das Eigenthumsrecht unbeschränkt geblieben ist, und daher auch, wenn sich die im Eigenthum stehende Sache durch Aufhören der juristischen Fiction, welche eine Eigenschaft derselben zu einer eigenen Sache machte, um diese Eigenschaft vergrößert, das Eigenthum diese Vergrößerung ipso jure gleichsam als Accession ergreifen muß. Sodann aber läßt sich die herrschende Meinung auch nicht mit der oben besprochenen Erscheinung in Einklang bringen, nach welcher dem Eigenthümer die durch die Servitut verliehene Befugniß mitunter nach wie vor unbeschränkt zusteht, daher um diese sein Eigenthum nicht gemindert sein kann, und dagegen die der Servitutbefugniß entgegenstehenden Eigenthumsbefugnisse zwar dem Eigenthümer entzogen, aber doch dem Servitutberechtigten nicht zugefallen sind, so daß auch diese nicht die abgelößten und vom Servitutberechtigten erworbenen Eigenthumsbestandtheile sein können. Büchel hat seine Ansicht auch Scheurls Beobachtungen gegenüber zu vertheidigen gesucht [1]), aber diese Vertheidigung ist hauptsächlich nur ein Angriff gegen die Punkte von Scheurls Behauptung, wo er, wie wir oben erwähnten, einer zu weit greifenden und einseitigen Auffassung Raum giebt, dagegen wird das eben erwähnte Verhältniß, wie solches doch bei den negativen Servituten immer eintritt, keiner nähern Berücksichtigung unterzogen.

Wenn nun dieser Ansicht von dem Wesen der Servituten so gewichtige innere Gründe entgegen stehen, so werden wir den Stellen, welche für dieselbe zu sprechen scheinen, von vornherein schon ein gewisses Mißtrauen entgegensetzen müssen; ohnehin aber sind sie von der Art, daß sie auch auf andere Art erklärt werden können, und

1) Zweiter Nachtrag. Erörterungen. Bd. 1.

nicht gebieterisch den Glauben fordern, daß die römische Rechtswissenschaft die Servituten als abgelöste Eigenthumsbestandtheile aufgefaßt habe. Denn einmal führt man für diese Ansicht die bereits oben besprochenen Stellen an, welche den Ususfruct schon während seiner Vereinigung mit dem Eigenthum als einen Bestandtheil desselben auffassen, und die in Betracht der vielen entgegenstehenden Aussprüche aus einer mitunter vorkommenden singulären Auffassung hinsichtlich des Ususfructs zu erklären sind, sodann aber beruft man sich namentlich auf die l. 5 § 9 de operis nunciat. 39, 1, wo Ulpian sagt:

> Et belle S. Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nunciationis, aut naturalem, aut publicam aut impositiciam; — — — impositiciam, quum quis, posteaquam *jus suum deminuit, alterius auxit*, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

Man hat aber mit Recht schon darauf aufmerksam gemacht, daß diese Worte keine genaue Definition des wahren Wesens der Servituten, und namentlich nicht, wie Vangerow[m]) will, der Gebäudeservituten enthalten, sondern, wie schon die beiläufige Behandlung vermuthen läßt, nur eine Umschreibung des Servitutenverhältnisses sein sollen, welche die heute auf diesem Gebiete üblichen Stichwörter mehr zufällig enthält. Und dem Resultate nach wird denn auch das Recht des einen vermehrt und das des andern vermindert, aber freilich ähnlich, als ob der eine Nachbar einen körperlichen Theil seines Grundstücks von diesem ausscheidet und dem Nachbar übergiebt. Auch in diesem Falle könnte man sagen: jus suum deminuit, alterius auxit. Dieselbe Rücksicht auf das Resultat und darum auf den äußern Anschein läßt die Juristen das Eigenthum an einer nicht mit Servituten belasteten Sachen als *plena proprietas*[n]) bezeichnen, welcher die *nuda proprietas*[o]) entgegensteht.

Vangerow[p]) hat für die Personal- und Feldservituten eine

---

m) Leitfaden Bd. I. 6te Aufl. S. 782.

n) L. 78 pr. de jure dotium 23, 3; l. 10 de usufr. legato 33, 2; l. 15 § 4 de castr. pec. 49, 17.

o) z. B. §. 4 J. de usufr. 2, 4.

p) Leitfaden Bd. I. 6te Aufl. S. 782.

andere Anſicht aufgeſtellt, welche ebenfalls die Wirkung der Servitutbeſtellung nicht in einer Veränderung der Sache, ſondern in einer Veränderung des Eigenthums daran ſucht, aber dieſes nicht um einen Beſtandtheil verringert, ſondern nur in der Ausübung beſchränkt ſein läßt. Es ſollen nämlich an beſtimmten Eigenthumsbefugniſſen, welche nach wie vor im Eigenthum enthalten bleiben, dem Berechtigten die Ausübung in Folge eines ſelbſtändigen dinglichen Rechts geſtattet werden. Wenn ſich nun dieſer Auffaſſung gegenüber auch nicht die Momente geltend machen laſſen, welche der obigen auch von Vangerow für die Gebäudeſervituten getheilten Anſicht entgegenſtehen, ſo ſprechen, abgeſehen von der gewiß nicht zu rechtfertigenden gänzlichen Scheidung des Begriffs der Perſonal- und Feldſervituten von dem der Gebäudeſervituten, ſchon alle die Stellen dagegen, wo die Beſtellung der Servituten als eine alienatio aufgefaßt wird[q]). Ferner, und das iſt der hauptſächlichſte Grund, der gegen Vangerows Definition ſpricht, wird darnach wohl die Wirkung dem Eigenthümer gegenüber, aber nicht der Inhalt des Servitutrechts ſelbſt ſcharf genug beſtimmt. Die Servitut ſoll ein dingliches Recht auf Ausübung einzelner Eigenthumsbefugniſſe verleihen; worin ſich nun aber das dingliche Recht auf Ausübung einer Befugniß von der Befugniß ſelbſt unterſcheiden ſoll, alſo das Recht, irgendwo zu gehen, von dem Rechte auf Ausübung des Rechts, dort zu gehen, iſt nicht erſichtlich, vielmehr iſt jene Befugniß immer dieſe letztere Befugniß ſelbſt, und demnach hätten Eigenthümer und Servitutberechtigter dieſer Anſicht nach immer gleichzeitig und in derſelben Weiſe daſſelbe Recht, was doch eben, wie gezeigt, nicht der Fall iſt. Vangerow hat Recht, wenn er die Verminderung des Eigenthumsrechtes um einzelne Beſtandtheile leugnet, aber er iſt dabei ſtehen geblieben und hat nicht nachgewieſen, woran denn das Recht beſteht, das den Eigenthümer beſchränkt. Nur wenn man mit uns annimmt, daß es an einem ganz andern Object beſtellt iſt, als woran das Recht des Eigenthümers beſteht, wird ſich die Behauptung vertheidigen laſſen, daß das Eigenthum auch

q) So z. B. in l. 3 § 5 de rebus eorum, qui sub tutela 27, 9: Nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit usufructus pupilli. — Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare etc.

nach der Servitutbeſtellung in ſeinem Beſtande unvermindert iſt, und daß der Eigenthümer in der Ausübung deſſelben nur durch das entgegenſtehende Recht beſchränkt wird, da er von ſeinen Befugniſſen keinen Gebrauch machen kann, ohne die fremde (nur fingirte) Sache zu beſchädigen.

§. 6.

Fortſetzung. Servitus in faciendo consistere nequit.

Eine nothwendige Folge unſerer ſeither gefundenen Begriffsbeſtimmung der Servituten zeigt ſich darin, daß nur ſolche Befugniſſe durch Servituten verliehen werden können, welche durch die Herrſchaft über eine Eigenſchaft der dienenden Sache vollſtändig gewährt und unmittelbar an derſelben geübt werden können. Daraus ergiebt ſich, daß der Eigenthümer der dienenden Sache in Folge einer Servitut zu nichts anderem verpflichtet ſein kann, als daß er die Ausübung der Befugniß geſchehen laſſe, das dingliche Recht achte, nicht aber kann ihm eine poſitive Thätigkeit obliegen, durch welche jene Ausübung erleichtert oder ermöglicht wird; denn dann wäre ja das Recht an der Sache von weiterem Umfang als die Sache ſelbſt, und begriffe zugleich das Recht an einer Perſon. Ferner iſt ja zwiſchen Eigenthümer und Servitutberechtigten während beſtehender Servitut durchaus kein anderes Band, als daß beide an derſelben Sache Befugniſſe ausüben, und darum iſt auch, wenn man etwa mit Goldſchmidt[a]) ſagen wollte, die Sache kann zur Leiſtung einer Thätigkeit verpflichtet ſein, doch nicht abzuſehen, warum gerade der Eigenthümer dieſelbe dem Servitutberechtigten gegenübeer vertreten ſoll. Auch, wenn man von dem Standpunkte des Eigenthümers ausgeht, muß man dahin kommen, daß kein Grund zu finden iſt, wodurch er in Folge ſeines Eigenthums zu poſitiven Leiſtungen angehalten werden kann. Die Vortheile, welche ihm das Eigenthum gewähren, beſtehen in dem Rechte zu beſtimmten poſitiven Handlungen mit oder auf der Sache, und in dem Rechte, andere von

a) Archiv für civ. Pr. Bd. I. 1818. S. 386.

der Vornahme ſolcher Handlungen abhalten zu können[b]). Die rechtliche Verkleinerung der im Eigenthum ſtehenden Sache durch Servitutbeſtellung oder wenn man lieber will, die Verminderung des Eigenthumsrechtes könne daher auch immer nur eins dieſer beiden Rechte entziehen, alſo zu einem Nichtthun oder Dulden verpflichten, nicht aber außerdem ihn nöthigen, noch von ſeiner eigenen Freiheit hinzugeben. Dies iſt es, was Pomponius in der l. 15 § 1 de serv. 8, 1 ſo ausdrückt:

> Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat), sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

Die ältere Doctrin hat dieſe Lehre zuſammengefaßt in den Satz: Servitus in faciendo consistere nequit, und dies iſt eine allgemein übliche Form der Regel geworden, trotzdem ſchon oft darauf hingewieſen iſt, wie dabei servitus in einem Sinne gebraucht wird, der keineswegs der gewöhnliche iſt; denn es bezeichnet hier das Verhältniß der dienenden Sache, während ſonſt darunter das ganze zwiſchen dem Berechtigten und der Sache beſtehende Rechtsverhältniß oder gar, wie die häufigen Ausdrücke servitutem acquirere, amittere beweiſen, allein die Berechtigung verſtanden wird.

So einfach und naturgemäß dieſe Rechtsregel nun auch aus dem Begriff der Servitut hervorgeht, ſo wenig hat man früher dieſelbe zu würdigen gewußt, und ſie vor Allen gehörte zu den verrufenen Subtilitäten des Servitutenrechts. Während die Gloſſe den Satz noch keiner beſonderen Erörterung zu unterziehen zu brauchen glaubte, hat eine ſpätere Zeit, welche Erſcheinungen des deutſchen Rechtslebens trotz ihrer Verſchiedenheit in die römiſche Servitutenlehre einzupreſſen ſuchte, und dabei durch dieſen Satz häufig behindert wurde, ſich gar mannigfach mit demſelben beſchäftigt, und die verſchiedenſten Mittel wurden angewandt, um denſelben weg zu interpretiren, und ſpäter, um denſelben zu erklären. Namentlich bietet das vorige Jahrhundert eine äußerſt zahlreiche Literatur über dieſen Gegenſtand, der

b) Daß das Recht, etwas mit der Sache nicht zu thun, aus dem Eigenthum fließe, iſt auch ſchon behauptet worden (*Abegg*, de servitutibus in faciendo ex jure Romano. 1827.), trotzdem, daß dieſes gleichfalls jedem Nichteigenthümer zuſteht und in der natürlichen Freiheit des Menſchen ſeinen Grund hat.

eine Fundgrube für Dissertationen aller Art ward, und noch in diesem Jahrhundert hielt die Göttinger Fakultät es für nöthig, durch Aufstellung desselben als Preisaufgabe auf dessen gründliche Bearbeitung hinzuwirken[c]). Wenn diese früheren Schriftsteller ihn überhaupt anerkannten, so rechtfertigten sie ihn gewöhnlich dadurch[d]), daß ein Vertrag einen Singularsuccessor nicht verpflichten könne, ohne zu bedenken, daß in dem Act der Servitutberechtigung keineswegs immer ein Vertrag enthalten oder mit demselben verbunden sein muß, und ferner, daß dieser Grund eben selbst erst der Begründung bedarf, und man diese nur durch dieselben Momente zu geben vermag, aus denen wir hier direct unsern Satz abgeleitet haben.

Eine Anwendung dieser Regel finden wir z. B. in l. 12 de annuis legatis 33, 1, an welcher Stelle Paulus von einem Fall handelt, wo jemand zwei Grundstücke an verschiedene Personen vermacht hatte, und dann verfügte:

> Praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua arundinis millia trecena et salicis mundae annua librarum singula millia.

Hier, sagt Paulus, sei weder eine Personal- noch Realservitut, sondern es sei nur dem, welcher die praedia Lutitiana erhalten habe, ein jährliches Legat ausgesetzt, womit der, welcher das andere Grundstück erhalten habe, beschwert sei. Denn das praestare, was auferlegt ist, setzt eine Thätigkeit einer verpflichteten Person voraus, und solcher wird es auch immer bedürfen, wenn jemand eine bestimmte Quantität aus dem Ertrage eines fremden Grundstücks erhalten, also nicht selbst erst solche aus dem fremden Grund und Boden produciren soll. Darum leugnet auch Scävola in l. 58 § 1 de usufr. 7, 1, daß durch die testamentarische Verfügung:

> Sempronio do lego ex redactu fructuum, oleris et porrinae, quae habeo in agro farrariorum, partem sextam,

ein Ususfruct errichtet sei[e]).

---

c) In Folge dessen entstand: *C. F. L. Johanneckt*, **Exploratio quaestionis an servitus in faciendo consistat. Goettingae 1807.**

d) Auch Thibaut in seinen Versuchen Bd. I. Abh. 2.

e) Auch in l. 81 § 1 de contr. emt. 18, 1 ist dieser Grund maßgebend.

Ferner muß aus dieſem Satze, daß die Servitut den Eigenthümer der dienenden Sache nicht zu einer poſitiven Thätigkeit verpflichten kann, die Folgerung ſich ergeben, daß es dieſem, wenn nicht ein beſonderer mit dem Servituteninnehaber abgeſchloſſener Vertrag ihn verpflichtet, nie obliegen kann, die Vorrichtungen, welche auf ſeinem Grund und Boden zur Ausübung der Servitut nöthig ſind, in Stand zu halten, ſondern daß er genügend das ihm Obliegende erfüllt, wenn er nur nicht dieſe Anſtalten ſtört, und wenn ſolche einer Reparatur bedürfen, dem Berechtigten den Zugang zu denſelben geſtattet [f]). Eine andere Auffaſſung hat man mit Unrecht durch die l. 2 § 4 de aqua et aq. pl. arcenda 39, 3 begründen wollen [g]), wo jedoch gar nicht von der Erhaltung der für eine Servitut nöthigen Vorrichtung die Rede iſt, ſondern von der geſetzlichen Verpflichtung den Graben rein zu halten, durch welchen das Waſſer von einem höherliegenden Grundſtück abläuft, und wo darum dem Verletzten nicht eine dingliche Klage, ſondern die perſönliche actio aquae pluviae accendae zugeſtanden wird.

Wohl aber ſtellen die römiſchen Juriſten ein anderes Princip hinſichtlich der *servitus oneris ferendi* auf. Durch dieſe erhält man die Befugniß, eine Mauer oder einen Balken des eigenen Gebäudes ſo auf einer Mauer oder Säule des Nachbars ruhen zu laſſen, daß dieſe die Laſt des andern Hauſes mit tragen muß und auf dieſe Weiſe zur Erhaltung deſſelben weſentlich nöthig iſt. Hier ſoll nun — und wie aus l. 8 § 2 si serv. vind. 8, 5 [h]) hervorgeht,

---

f) L. 11 § 1 comm. pr. 8, 4.

g) Goldſchmidt im Archiv für civ. Praxis Bd. I.

h) Ulpian vergleicht hier mit der servitus oneris ferendi die servitus tigni immittendi und hebt bei dieſer hervor, daß die confeſſoriſche Klage nur fordere, daß der Einſchiebung der Balken nichts in den Weg gelegt werde: *„quod non est contra genera servitutum“*. Warum übrigens bei der servitus tigni immittendi nicht eine gleiche Beſtimmung gelte, iſt häufig Gegenſtand der Erörterung geweſen, wobei man nicht bedachte, daß mit dieſem Namen nur die Servituten bezeichnet wurden, bei denen eine Belaſtung der Nachbarmauer nicht ſtattfand, und bei denen daher der Berechtigte gar kein Intereſſe daran hatte, ob dieſe im baulichen Zuſtand war oder nicht. Er hatte nur ſo viel Raum zu fordern, um dort den Balken haben zu können und dieſer wurde ihm auch nicht durch den Einſturz des Nachbarhauſes entzogen.

erſchien das auch den Römern als Anomalie — der Eigenthümer des belaſteten Grundſtücks verpflichtet ſein, die tragende Mauer in Stand zu halten und nöthigenfalls dazu mit der dinglichen Servitutenklage angehalten werden. Freilich hatte ſich dieſer Satz erſt allmählig zur allgemeinen Anerkennung durchkämpfen können; noch Aquilius Gallus hatte nach Ulpians Bericht in l. 6 § 2 si serv. vind. 8, 5 dagegen geltend gemacht, daß eine Servitut nicht den Eigenthümer des dienenden Grundſtücks zu einem Handeln verpflichten könne, und die allgemeine Regel aufgeſtellt, daß die Erhaltung der nöthigen Vorrichtungen bei allen Servituten dem Eigenthümer obliege. Allein die Ausnahme hinſichtlich der servitus oneris ferendi gelangte doch durch Auctorität des Servius Sulpicius Rufus zur allgemeinen Anerkennung, nur daß Labeos Meinung, es müſſe dem Eigenthümer frei ſtehen, ſich von dieſer Verpflichtung durch Dereliction frei zu machen, ebenfalls allgemein angenommen wurde.

Man hat bei Erklärung dieſer Erſcheinung ein ganz beſonderes Gewicht darauf legen wollen, daß ein vorausgegangener Vertrag zwiſchen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer letzterem dieſe Verpflichtung auferlegt habe, und das Anomale nur darin finden wollen, daß der Singularſucceſſor des paſciscirenden Eigenthümers an den Vertrag gebunden ſei, ja man hat darum dieſen auch von der Verpflichtung entbinden wollen, wenn er bei Uebernahme des dienenden Grundſtücks dieſem Vertrage widerſprochen habe [i]). Dadurch wird nun aber die größere Anomalie, daß durch die dingliche Servitutenklage auf Erfüllung des Vertrags geklagt werden ſoll, durchaus gar nicht erklärt, und von den Stellen, welche von dieſer Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi ſprechen, erwähnt l. 6 § 2 und 5 si serv. vind. 8, 5 allerdings der Verabredung der Conſtituenten, aber nur, damit darnach beſtimmt werde, wie die Reparatur der Mauer vorzunehmen ſei, alſo in derſelben Weiſe, wie bei jeder Servitut die ſo genannte lex servitutis, der

---

Gegen dennoch möglichen Schaden konnte er ſich genügend durch den Anſpruch auf cautio damni infecti ſchützen. Vgl. Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 14.

i) *Johannecht*, Diss. citata p. 15 u. ff.

ausgeſprochene Wille der Conſtituenten, den Inhalt der Servitut regelt. Dagegen aber ſagt Paulus in l. 33 de S. P. U. zur Begründung der Regel, daß der Eigenthümer bauen müſſe:

> nam quum in lege aedium ita scriptum esset: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum si quis alicui servisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quae servit et tuum onus ferret, periisset, alia in locum eius dari debeat.

Man pflegt dieſe Stelle ſo zu verſtehen, daß Paulus hier die ganze Baupflicht des Eigenthümers aus den Worten der Formel ableite, welche gewöhnlich bei Errichtung einer ſolchen servitus oneris ferendi angewandt wurde. Allein meines Erachtens weiſen die folgenden Ausführungen in dieſem Fragment darauf hin, daß Paulus ſich auf dieſe Formel nur beruft, um dieſen Satz gegen einen nahe liegenden Einwand ſicher zu ſtellen, nämlich gegen den, daß die Servitut, dem Wortlaut der Formel gemäß, ja nur der zur Zeit der Errichtung beſtehenden Mauer oder Säule auferlegt ſei, alſo der Eigenthümer nicht gehalten ſein könne, ſobald dieſe baufällig ſei, im Intereſſe des Servitutberechtigten eine neue zu errichten, da dieſe neue ja von der Servitut frei ſein würde und darum für ihn gar keinen Vortheil biete. Das widerlegt Paulus dadurch, daß er nachweiſt, wie die Worte der Formel richtig verſtanden, alle künftig zu errichtenden Mauern einſchlöſſe. Auf jeden Fall wird weder hier noch in andern Stellen ein beſonderer vorausgegangener Vertrag zur Entſtehung der Verpflichtung für den Eigenthümer erfordert, vielmehr ſolche immer als unmittelbare Folge der servitus onerjs ferendi angeſehen.

Wenn man weiter die Anomalie allein daraus hat erklären wollen, daß ohne eine derartige Beſtimmung der Servitut die nöthige ſogenannte perpetua causa fehlen würde, indem die dienende Sache ihrer Natur nach etwas Vergängliches iſt, und daher, falls ſie Gegenſtand einer Servitut ſein ſolle, dieſe Eigenſchaft durch ihren Eigenthümer ergänzt werden müſſe, ſo iſt darauf zu erwidern, wie die eigentlich dienende Sache immer der Grund und Boden ſelbſt

iſt, der ja nach Paulus Meinung in der citirten l. 33 de S. P. U. unabhängig von den jedesmaligen Schickſalen der Mauer verpflichtet iſt, — wie ferner die auf dieſem Boden ſtehende Mauer nur die Vorrichtung iſt, welche zur Ausübung der Servitut nöthig iſt, und wie ſolche Vorrichtungen bei gar vielen Servituten der Vergänglichkeit noch in weit höherem Grade unterworfen ſind, ohne daß man daraus eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Reparatur hat herleiten wollen. Vielmehr liegt dieſe in ſolchen Fällen immer dem Servitutberechtigten ob. Auch damit kann man die Schwierigkeit nicht heben, daß man das Singuläre dadurch entſtanden ſein läßt, daß der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks bei der Conſtituirung eine taugliche Mauer zu ſtellen übernommen habe, und deßhalb nöthigen Falls eine reparirte ſtellen müſſe, was Puchta (Pandecten § 184) annimmt und daraus folgert, daß hier gar keine Ausnahme von der Regel: servitus in faciendo consistere non potest vorliege. Durch analoge Anwendung einer ſolchen Begründung müßte man auch für manche andere Servituten zu einer Reparaturpflicht des Eigenthümers kommen, indem z. B. eine Wegeſervitut an einem vorhandenen brauchbaren Wege beſtellt werden und deſſen Inſtandhaltung Seitens des Eigenthümers beabſichtigt ſein kann, wo jedoch eine Verpflichtung jedes Eigenthümers zur Reparatur keineswegs angenommen werden darf.

Auf Mühlenbruchs[k]) Veranlaſſung endlich hat man dieſe Regel auch in Verbindung gebracht mit der Verpflichtung jedes Eigenthümers eines Gebäudes, ſolches in baulichen Stand zu erhalten, oder dem Nachbar wegen möglichen Schadens eine cautio damni infecti zu beſtellen. Für den Fall der servitus oneris ferendi habe man nun dieſe Wirkungen des Nachbarrechts ohne den Umweg der Einweiſungen in den Beſitz und in das Eigenthum, ſondern nur in ſeinen weſentlichen Beſtimmungen in das Servitutenrecht aufgenommen, indem man ſofort eine dingliche Klage auf die Reparatur der Nachbarmauer gegeben habe, die auf dem gewöhnlichen Wege erſt durch indirecten Zwang hätte durchgeſetzt werden können. Nun möchte es aber meines Erachtens noch erheblichen Zweifeln unterliegen, ob wirklich in der Rechtsanſchauung der Römer die Vor-

k) Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 14. 1831. S. 334.

ſchriften über die cautio damni infecti den Eigenthümer zur Reparatur ſeines eigenen Hauſes, wenn auch nur indirect, zwingen ſollten, und ob nicht vielmehr dieſes eine mehr zufällige Wirkung jener Beſtimmungen war, die in ihrer Hauptrichtung nur den Nachbar gegen künftige Verletzung ſichern ſollte. Nur dieſen Zweck hatten die Römer dabei im Auge, denen ein polizeiliches Einwirken und Einmiſchen in die Privatverhältniſſe fremd war, und deren Rechtsgefühl es durchaus nicht entſprach, daß jemand durch Rechtsvorſchriften zur Inſtandhaltung ſeiner Sachen angehalten werden ſolle. Wenn jemand nur den Schaden, den ſeine Unterlaſſung anrichtete, erſetzen wollte, konnte er unterlaſſen, ſo viel er wollte. Darum mußte nach der römiſchen Auffaſſungsweiſe eben nur die Stellung der cautio damni effecti das Eſſentielle und der Zweck des ganzen Verfahrens ſein, nur um dazu zu zwingen, fanden die Immiſſionen ſtatt, und man kann darum nicht annehmen, daß die Römer, wenn ſie auch mit Rückſicht auf die größere Gefahr, welche in Fällen der servitus oneris ferendi der Servitutberechtigte bei der Baufälligkeit des Nachbarhauſes leidet, das Verfahren abgekürzt hätten, allein in Folge dieſer Abkürzung dazu gekommen wären, daß der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks zur Reparatur verurtheilt werden könne, ſondern ſie würden ihm wahrſcheinlich noch immer die Möglichkeit offen gelaſſen haben, ſich durch Cautionsbeſtellung frei zu machen. Die l. 7 si serv. vind. 8, 5 ſpricht nun allerdings auch von einer Caution, die der Richter dem Eigenthümer, wenn er ihn nicht ſofort zum Bau verurtheilt, auflegen kann; allein dieſe geht nicht auf Schadloshaltung in Folge des Einſturzes, ſondern auf Unterlaſſung in der Störung der Servitut und zugleich auf Vornahme der nöthigen Reparatur. Zu dieſer wird der Richter daher gegriffen haben, wenn noch keine dringende Gefahr vorhanden oder der Bau augenblicklich behindert war; auf jeden Fall konnte er aber ſofort zur Vornahme der nöthigen Bauten verurtheilen, was, wie wir zu zeigen ſuchten, aus den Prinzipien der cautio damni infecti nicht erklärt werden kann.

Sodann bleibt es doch immer ein ſchwer zu löſendes Räthſel, wie die Praxis und die Jurisprudenz, durch welche allein dieſe Lehre ausgebildet iſt und welche, worauf namentlich Mühlenbruch ſelbſt hier Gewicht gelegt haben will, alle Sprünge und Willkührlichkeiten

vermieden haben werden, dazu kommen ſollten, die beiden ſo ganz verſchiedenen Inſtitute der dinglichen Klage auf Anerkennung der Servitut und der Forderung auf Cautionsſtellung zu vereinigen, zumal dieſe doch einen ſo ganz verſchiedenen Proceßgang einhielten und von verſchiedenen Behörden entſchieden wurden. Der Prätor ſelbſt, ja die ſtädtiſchen Magiſtrate, die dazu ein für alle Mal delegirt waren [l]), verfügten die Cautionsbeſtellung, die ganz außerhalb des Bereichs der judices lag, welche über die dingliche Klage entſcheiden mußten. Auch läßt ſich daraus kein Zuſammenhang unſeres Satzes mit der cautio damni infecti herleiten, daß man durch dieſe nicht behelligt werden konnte, wenn man das baufällige Gebäude aufzugeben bereit war, demnach alſo der Verluſt deſſelben in Folge der immissio ex secundo decreto die ſchlimmſte Folge war, welche man ſich durch Unterlaſſung der nöthigen Reparaturen und der Cautionsbeſtellung zuziehen konnte, und daß man ebenſo durch Aufgeben der belaſteten Mauer ſich gegen die dingliche Klage auf Reparatur ſchützen konnte. Im Gegentheil weiſt der erhebliche Unterſchied, daß in dem einen Falle meiſtens das ganze Gebäude verloren ging [m]), im andern aber nur die eine Mauer oder Säule derelinquirt wurde, auf einen ganz andern Entſtehungsgrund unſers Satzes hin.

Dieſen nun, welcher, wie man ſeither meines Wiſſens überſehen hat, noch in einem andern ähnlichen Falle eine ähnliche Entſcheidung herbeigeführt hat, möchte ich in Folgendem finden. Iſt der Mauer eines Hauſes eine Servitut auferlegt, ſo erfüllt faſt immer dieſe Mauer einen doppelten Zweck, nämlich einmal den urſprünglichen, daß ſie das Haus des Eigenthümers trägt, oder deſſen Räumlichkeit begrenzt u. ſ. w., ſodann aber auch den durch die Servitut entſtandenen, daß ſie das Gebäude des Berechtigten ſtützt. Mauern, die bloß dieſen letztern Zweck haben, werden ſehr ſelten ſein, da, wo der eine Nachbar einer ſolchen auf dem Gebiete des andern bedarf, er lieber durch den natürlichen und für beide Theile zweckmäßigern Weg ſich helfen wird, daß er die für dieſe Mauer erforderlichen Strecken als Eigenthum zu erwerben ſucht. Wollte nun der Servitutberechtigte eigenmächtig dieſe Mauer, an

l) L. 4 de damno infecto 39, 2

m) L. 15 § 11—14, l. 38 § 1 de damno infecto 39, 2.

der er im Vergleich zum Eigenthümer nur ein ſekundäres und einſeitiges Intereſſe hat, ſo oft er es für ſeine Servitut für nöthig erachtet, und nur in ſolcher Art, wie es für ſeine Servitut am vortheilhafteſten iſt, ausbeſſern oder umbauen, ſo könnte dadurch das Intereſſe des Eigenthümers häufig am empfindlichſten gekränkt werden. Die ſchön bemalte Wand einer Stube, welche an einer ſo belaſteten Mauer liegt, könnte plötzlich, weil ſie baufällig iſt, vom Servitutberechtigten niedergeriſſen werden und einer rohen Steinwand Platz machen müſſen, und der Eigenthümer in ſolchem Falle, wenn wirklich Befürchtungen möglich waren, daß die Mauer für die Laſt des Nachbarhauſes zu ſchwach ſei, vergeblich Entſchädigung beanſpruchen. Sobald er aber ſelbſt bauen mußte, und, was damit zuſammenhängt, dem Servitutberechtigten das eigenmächtige Bauen unterſagt war, konnte er vielmehr ſein eigenes Intereſſe wahren, und dieſelbe Sicherung der Wand, wenn auch vielleicht mit höhern Koſten, doch unter größerer Schonung ſeiner häuslichen Einrichtungen erreichen. Dazu kommt aber als zweiter Grund, daß dieſe servitus oneris ferendi ſich in den Städten und zwiſchen mehreren Gebäuden gebildet haben wird, und wenn man daher mit ihr, wie das hinſichtlich der andern Servituten gilt, welche eine Vorrichtung zur Ausübung vorausſetzen, die Berechtigung verband, dieſe Vorrichtung zu repariren, und deßhalb das an dieſelbe grenzende Land zu betreten, ſo mußte man hier, ſo oft das Intereſſe des herrſchenden Grundſtücks es verlangte, dem Berechtigten den freien Eintritt in das fremde Haus geſtatten. Das aber widerſprach den römiſchen Sitten und der römiſchen Denkart ganz und gar, ja es würde dadurch der wichtigſte Vortheil des eigenen Hauſes gefährdet, die Heiligkeit des Heerdes und der Penetralien bedroht geweſen ſein, und wie der Gläubiger nicht einmal dort eindringen konnte, um vor Gericht zu laden[n]), ſo konnte noch weniger geſtattet werden, daß der Nachbar mit allen erforderlichen Gehülfen vielleicht in die entfernteſten und heimlichſten Gemächer des Hauſes eindringe. Dieſer Grund hat darum auch

n) L. 18 de in jus vocando 2, 4 *Gaius:* Plerique putaverunt, nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferre videri.

für die Fälle, wo die belaſtete Mauer oder Säule nur und allein dem Zwecke des herrſchenden Gebäudes diente, dieſelbe Bedeutung.

Das Charakteriſtiſche dieſer Anomalie bei der servitus oneris ferendi finde ich daher auch zunächſt in dem Verbote der Vornahme eigenmächtiger Reparatur Seitens des Servitutberechtigten, das ſich übrigens ſo von ſelbſt verſtand, daß es in den uns im Corpus Juris überlieferten Stellen nicht einmal angedeutet iſt; — ein Römer konnte das nicht von einem andern begehren, es brauchte daher nicht beſprochen zu werden. Sollte nun die Servitut nicht etwas rein vorübergehendes ſein, ſollte ſie, wie dieſes ihre Natur verlangt, auf einem dauernden Verhältniß beruhen, ſo war das einzige Hülfsmittel die Uebernahme der Baulaſt Seitens des Eigenthümers. Weigerte er ſich derſelben, ſo hatte das für den Berechtigten vorkommenden Falls denſelben Erfolg, als ob er die ganze Servitut in Abrede ſtelle, es war ſein dingliches Recht in ſeiner Exiſtenz bedroht und zwar durch einen Umſtand, dem nur der Eigenthümer abhelfen konnte und abhelfen mußte, und daher war es naturgemäß, daß, ſobald einmal die Doctrin zu jenem Reſultat gelangt war, auch die Praxis die dingliche Klage, als die allein dem Servitutberechtigten zuſtehende, auf Vornahme der Reparatur zuließ. Dagegen aber war kein Grund vorhanden, dem Eigenthümer auch Arbeiten, die auf dem herrſchenden Grundſtück ſelbſt vorgenommen werden konnten und ſein Intereſſe nie berührten, mit aufzubürden, und ſo wird denn auch namentlich beſtimmt ausgeſprochen, daß die Stützen, die für das herrſchende Gebäude während des Baus erforderlich waren, von dem Berechtigten ſelbſt angebracht werden müßten[o]).

Die Anerkennung dieſes Satzes brach ſich erſt langſam Bahn; Gallus konnte ſie noch verweigern, aber das Bedürfniß forderte wohl öfter derartige Servituten, und dieſer fehlte, bis man jenen Satz zugab, das nöthige Requiſit der perpetua causa. Die ſo aus Rückſicht auf das praktiſche Bedürfniß im Rechtsſyſtem entſtandene Singularität ſuchten die Juriſten durch Scheingründe zu entfernen; es regte ſich, um mit Jhering[p]) zu reden, „der moraliſche Widerwille der Römer gegen eine Uebertretung oder Nichtachtung der

o) L. 8 pr. si serv. vind. 8, 5.

p) Geiſt des römiſchen Rechts. Thl 1. S. 307.

einmal anerkannten Prinzipien“ und so erklärt Labeo, um nur nicht zuzugestehen, daß hier doch durch eine Servitut dem Eigenthümer Verpflichtungen zu einem Handeln auferlegt würden: *hanc servitutem non hominem debere, sed rem* — ein Ausspruch, der mit dem Streben der römischen Juristen, auf dem Servitutengebiete Allegorieen anzuwenden, zusammenhängt, und, wenn man ihn auch in andern Verhältnissen anwenden wollte, zu großen Verirrungen führen kann.

Da es nun aber wohl Fälle geben kann, wo der Eigenthümer es dem Servitutberechtigten gerne erlaubt, daß er selbst restaurirt, ja für ihn, da er an der fraglichen Wand oder Säule gar kein Interesse hat, die Restauration auf eigene Kosten nur eine drückende Last sein kann, so ist ihm nachgelassen, sich durch Dereliction der belasteten Mauer davon frei zu machen[q]; dadurch giebt er sie dem Berechtigten preis, und wälzt die Reparaturlast auf diesen. Liegt sie nun so, daß letzterer sie nicht restauriren kann, ohne daß er des Nachbars Grund und Boden betritt, so muß ihm auch dieses erlaubt werden, wenn es freilich auch in keiner der hiervon redenden Stellen ausgesprochen wird. Allein ohne dieses hat die bloße Dereliction des Eigenthümers für den Berechtigten keinen Werth; es könnte seiner Servitut noch immer nachträglich die perpetua causa geraubt werden und der Eigenthümer in solchem Falle einseitig die Ausübung der Servitut unmöglich machen. — Daß die dingliche Klage auf Reparatur der belasteten Mauer, falls das dienende Grundstück im Miteigenthume mehrerer steht, nicht gegen einen einzelnen derselben allein gerichtet sein kann[r], sondern gegen alle zusammen, ist eine nothwendige Folge des Satzes, daß ein Miteigenthümer allein nicht ohne Zustimmung der andern über die Substanz der Sache verfügen und bauliche Veränderungen vornehmen kann, die Verurtheilung eines einzigen daher keine Folge haben würde[s]. Denn wenn auch, im Falle eine Reparatur nöthig ist, ein einzelner Miteigenthümer als Negotiorum Gestor für alle dieselbe vornehmen könnte und die dadurch entstandenen Kosten von allen andern im Verhältniß ihrer Theile einfordern dürfte, ja selbst solche Forderung wegen Reparatur

---

q) L. 6 § 2 si serv. vind.

r) L. 6 § 4 daselbst.

s) L. 28 comm. dividundo 10, 3.

gemeinſamer Gebäude noch ſogar mit beſondern Privilegien verbunden iſt[t]), ſo iſt es doch immer nur eine Befugniß, nicht eine Pflicht des Einzelnen, und das Recht muß es vermeiden, ihn durch Abweichung von der Grundregel über Miteigenthum zur Erfüllung fremder Verpflichtung und Uebernahme von Obligationsverhältniſſen mit dritten zu nöthigen[u]).

Ich habe vorhin am Anfange dieſer Erörterung geſagt, daß dieſe Vorſchriften, wodurch der Eigenthümer der dienenden Sache zu poſitiven Handlungen in Folge der Servitut genöthigt würden, nicht ſo ganz allein ſtänden, ſondern noch eine andere Entſcheidung vorkäme, wo eine dingliche Klage auf Vornahme ſolcher Handlungen gegeben wird. Pomponius ſagt nämlich in l. 19 § 1 de usufr. 7, 1: Wenn der Wind Bäume umgeriſſen hat, und der Eigenthümer holt dieſe nicht ab, ſo daß dadurch der Uſusfruct oder die Wegeſervitut in eine ungünſtigere Lage gelangen, ſo kann der Berechtigte deßhalb Klage gegen den Eigenthümer erheben (suis actionibus experiendum). Wie dieſe Schlußworte ausdrücklich ſagen, iſt die Klage die gewöhnliche dingliche Servitutenklage, indem dem Berechtigten keine andere gegen den Eigenthümer zuſteht, und er doch mit „ſeiner Klage" auftreten ſoll. Sie nöthigt aber hier den Eigenthümer ebenfalls zur Vornahme eines Actes, der für den Berechtigten lediglich den Charakter einer Reparatur hat, und der er doch nicht, ohne ſich dem Eigenthümer oder dritten verantwortlich zu machen oder ſelbſt in Schaden zu kommen, vornehmen darf. Solche durch den Wind ausgeriſſene Bäume nämlich dürfen nur ſelten unter beſtimmten Vorausſetzungen von dem Uſufructuar verwandt werden[v]) und verbleiben der Regel nach dem Eigenthümer des Grund und Bodens, wie das, wenn nur eine Wegeſervitut beſtellt iſt, natürlich immer der Fall iſt. Wollte daher der Servitutberechtigte dieſen

t) L. 52 § 10 pro socio 17, 2; l. 4 C. de aedif. priv. 8, 10.

u) In wie weit der Innehaber einer servitus oneris ferendi ſich mit einer operis novi nuntiatio ſchützen kann, damit nicht bei Veränderungen der belaſteten Mauer ſeine Intereſſen verletzt werden, wird beſſer ſpäter zu behandeln ſein.

v) L. 12 pr. de usufr. 7, 1.

Baum, der ihm den Weg versperrt oder erschwert, oder der ihm den Boden so drückt und beschattet, daß nichts darauf wächst, durch Feuer u. s. w. vernichten, so würde er sich der Entschädigungsklage des Eigenthümers aussetzen; wollte er ihn aber nur fortschaffen, so würde er schwerlich einen andern geeigneten Lagerungsplatz für ihn finden, als auf seinem eigenen Grund und Boden, wodurch er also selbst nur wieder Nachtheil litte. Denn wenn er ihn auf öffentliche Plätze legt, setzt er sich der Anstellung der zum Schutze derselben gegebenen Interdicte aus, legt er ihn auf Grundstücke dritter, ebenfalls Entschädigungsklagen, und selbst wenn er ihn auf Grundstücke des Eigenthümers der dienenden Sache transportirt, kann er wegen dadurch entstehenden Schadens oder wegen unbefugten Betretens des fremden nicht mit Servituten belasteten Bodens mit Injurienklagen möglicher Weise belangt werden. Selbst Ersatz der Transportkosten an den Eigenthümer, wenn dieser sich später den Baum von einem entfernteren Orte abholen müßte, könnte unter Umständen von ihm gefordert werden. Deßhalb kommt ihm das Recht ebenso, wie dem Innehaber einer servitus oneris ferendi zu Hülfe, und nöthigt den Eigenthümer, zu dessen Gunsten jener in der Reparatur so beschränkt ist, diese vorzunehmen und dieses sein Eigenthum selbst fortzuschaffen. Daß diesem aber auch wieder frei steht, sich von dieser Verpflichtung durch Aufgeben des Vortheils, welcher die Veranlassung zu dieser Anomalie gegeben hat, frei zu machen, geht nicht nur aus der Analogie mit der servitus oneris ferendi hervor, sondern weiter auch aus der Aehnlichkeit dieses Falls mit einem andern, der von Ulpian in l. 2 § 40 ne quid in loco publico 43, 8 entschieden wird. Es ist dort die Rede davon, daß ein Baum von einem Privatgrundstück aus auf den öffentlichen Weg gestürzt ist. Erklärt der Eigenthümer des Baumes dann, daß er denselben derelinquire, so hat das Interdict ne quid in loco publico ihm gegenüber keinen Erfolg. Daß in dem vorliegenden Fall der l. 19 § 1, wenn das Eigenthum an der herrschenden Sache mehreren zusteht, auch gegen diese mehreren insgesammt geklagt werden muß, und daß etwaige Vorsichtsmaßregeln, die bei Fortschaffung des Baumes zum Schutz der Interessen des Servitutberechtigten nöthig sind, von diesem selbst getroffen werden müssen, ist eine aus dem Vorhergehenden wohl genügend gerechtfertigte Folgerung.

Dieſen gleichen Beſtimmungen über die Baupflicht bei der servitus oneris ferendi und über das Fortſchaffen eines geſtürzten Baumes bei Servituten, die kein Recht auf dieſen Baum verleihen, und deren Ausübung doch durch denſelben beeinträchtigt wird, möchte wohl ein höheres gemeinſames Princip zu Grunde liegen, das vielleicht einer Anwendung auch auf andere Fälle fähig iſt, und dahin zu faſſen wäre: Wird die Ausübung einer Servitut ohne Schuld des Servitutberechtigten durch ein factiſches Hinderniß erſchwert oder unmöglich gemacht, und iſt die Beſeitigung dieſes Hinderniſſes Seitens des Servitutberechtigten nur darum durch rechtliche Vorſchriften vereitelt oder unverhältnißmäßig erſchwert, damit Intereſſen des Eigenthümers der dienenden Sachen nicht verletzt werden, die, wenn dieſer ſelbſt das Hinderniß beſeitigt, unbeſchädigt bleiben; ſo kann derſelbe vermittelſt der Servitutenklage zur Vornahme ſolcher Handlungen genöthigt werden, durch welche die regelmäßige Ausübung der Servitut wieder möglich gemacht wird[w]).

§. 7.

Fortſetzung. Beſchränkung des Eigenthümers.

Für das Verhältniß des Eigenthümers zu den an ſeiner Sache errichteten Servituten haben wir, um die ſeitherigen Er-

w) Ein unſerm Rechtsleben entnommenes Beiſpiel, in welchem ſich dieſe Regel anwendbar erweiſt, möchte folgendes ſein: Jemand hat an einem Walde eine Weidegerechtigkeit erworben, jedoch mit der Beſchränkung, daß ſie da nicht geübt werden ſoll, wo wegen neuer Anpflanzungen eine „Schonung" eintritt. Um anzuzeigen, daß ein ſolches Verhältniß ſtattfindet, pflegt man ſich eigener Strohzeichen zu bedienen, und dieſe ſind durch eine lokale Rechtsſitte mit einem ganz beſondern Schutze verſehen, indem ſie nur der, welcher ſie aufgeſtellt hat, auch wegnehmen darf und jede Verletzung durch einen andern als Forſtcontravention beſtraft wird; ebenſo wird das Hüthen auf einem mit derartigen Zeichen umgrenzten Waldſtück ſofort als Waldfrevel beſtraft. Glaubt nun der Servitutberechtigte, daß die Schonung unverhältnißmäßig lange fortgeſetzt und dadurch ſein Intereſſe gegen die lex servitutis verletzt wird, ſo kann er nur gegen den Eigenthümer auf Wegnahme der Strohzeichen und alſo auf Vornahme einer poſitiven Handlung klagen.

gebniſſe nach dieſer Seite hin kurz zuſammenzufaſſen, folgende Sätze gefunden:

1) Der Eigenthümer muß die Ausübung der Servitut dulden.
2) Er darf, auch wenn er in Folge ſeines Eigenthums dazu befugt iſt, doch keine Handlung vornehmen, mit welcher die Ausübung der Servitut Seitens des Berechtigten unvereinbar iſt.
3) Zur Vornahme poſitiver Handlungen kann er, von wenigen Ausnahmsfällen abgeſehen, durch Servituten, welche ſeiner Sache aufliegen, nicht verpflichtet werden.

In Beziehung auf den erſten dieſer Sätze wird es ſpätern Ausführungen überlaſſen werden müſſen, wie weit die Servitutberechtigung und dem entſprechend die Verpflichtung des Eigenthümers zur Duldung der fraglichen Handlungen in den einzelnen Fällen geht, und kann hier nur auf den allgemeinen Satz verwieſen werden, daß der Inhalt der Servitut aus der lex servitutis, d. h. dem bei Conſtituirung der Servitut ausgeſprochenen Willen der Conſtituenten in ſeiner wahren Bedeutung und Conſequenz bemeſſen werden muß. Ebenſo werden auch die einzelnen Handlungen, welche er als mit der Servitut unvereinbar nach der zweiten Regel nicht vornehmen darf, in jedem Falle verſchieden ſein, und erſt aus den jedesmaligen Umſtänden erkannt werden können[a]). Hier möge nur die Bemerkung Platz finden, daß der Eigenthümer auch ſolche Handlungen nicht vornehmen darf, die zwar augenblicklich die Servitut nicht berühren, aber deren Ausübung in Zukunft Gefahr bringen können, wie

a) L. 6 C. de serv. 3, 34. Praeses provinciae non aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, quum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injurie propagari. Aus den vom Kaiſer Klaudius hier gebrauchten Gründen hat man allgemeine Folgerungen für die Mitbenutzung der als Servitut verliehenen Befugniß Seitens des Eigenthümers ziehen wollen, namentlich für Waſſer- und auch wohl Weidegerechtigkeiten, überſieht aber dabei, wie hier der Nachdruck auf „contra statutam consuetudinis formam ruht und alſo von der einſeitigen Ausſchließung des ſeither in der Mitbenutzung geweſenen Eigenthümers die Rede iſt. Vgl. Geſterding, Nachforſchungen Bd. VI. Abth. I. S. 77.

denn Pomponius in l. 11 pr. Comm. praed. 8, 4 ſagt, der Eigenthümer dürfe, wenn eine Waſſerleitungsſervitut auf ſeinem Grundſtück haſte, den Platz unmittelbar neben der Waſſerleitung oder, falls ſie unter der Erde geführt werde, den Ort über derſelben nicht religios machen; der Grund dafür iſt, daß dann der Berechtigte den Ort nicht mehr betreten dürfte, um nöthige Reparaturen vorzunehmen, wozu er doch vermöge ſeiner Servitut befugt iſt. Während alſo zur Zeit, ſo lange die Waſſerleitung in gutem Stand iſt, die Servitut durch das Religioswerden des anliegenden Grundſtücks nicht beeinträchtigt würde, ſo iſt doch vorgebeugt, daß nicht vielleicht ſpäter die Ausübung derſelben durch einen zur Zeit unverfänglich erſcheinenden Act gefährdet werde.

Jede Handlung, durch welche der Eigenthümer die Ausübung der Servitut verletzt, ermächtigt den Berechtigten zur Anſtellung der zum Schutz der Servituten gegebenen dinglichen Klagen oder der poſſeſſoriſchen Rechtsmittel; außerdem aber kann jener wegen doloſer oder culpoſer Beſchädigung der belaſteten körperlichen Sache, wenn und ſoweit dadurch die Servitut beeinträchtigt, alſo die fingirte unkörperliche Sache beſchädigt wird, von dem Servitutberechtigten mit einer der Aquiliſchen nachgebildeten Klage belangt werden[b]), ferner, wenn er die belaſtete Sache unterſchlägt und damit alſo einen Diebſtahl an der unkörperlichen Sache begeht, mit der actio furti[c]). Während man nun aber annehmen ſollte, daß er für Schäden der dienenden Sache und für Verletzungen, welche der Servitutberechtigte in Folge derſelben erleidet, nicht einzuſtehen brauche, vielmehr Eigenthümer und Servitutberechtigter ſelbſtändig und unmittelbar der Sache gegenüber ſtänden, und jeden Schaden, den ſie veranlaßt, allein tragen müßten, ſo finden wir dennoch in den Quellen die beſtimmteſten Ausſprüche, welche dem Uſufructuar eines Sklaven wegen jeder Beſchädigung, die er durch deſſen Schuld erleidet, eine Klage gegen den Eigenthümer ebenſo zuſprechen, als ob er gar kein Recht an dem beſchädigenden Sklaven habe. So ſagt Pomponius in l. 18 de nox. act. 9, 4:

Is, qui usumfructum in servo habet, perinde cum domino

b) L. 12 ad leg. Aquil. 9, 2.
c) L. 15 § 1 de furtis 47, 2.

habet actionem furti, atque si quilibet alius esset, sed cum eo non est, quamvis serviat ei; et ideo dominus damnatus fructuario noxae dedens liberabitur[d]).

Wie hier dem Usufructuar die actio furti als Noxalklage gegen den Herrn zugestanden wird, so in l. 17 § 9 de injur. 47, 10 die actio injuriarum und in l. 14 § 3 de servo corrupto 11, 3 die actio de servo corrupto. Der Grund hiervon wird in der eigenthümlichen Bedeutung der Noxalklage zu suchen sein. Trotz ihres hohen Alters harmonirte sie von vorne herein wenig mit dem sonst hinsichtlich der Sklaven geltendem Recht, das diese den andern Sachen durchaus gleichstellte, sondern war vielmehr ein Resultat der Politik und der unabweislichen Beobachtung, daß die Sklaven mit Verstand begabte Wesen sein und als solche jeden andern in verschiedenster Weise beschädigen und dadurch dessen Rechtsgefühl verletzen könnten, daß es demnach nicht nur Mittel geben müsse, um die Sklaven von solchen Beschädigungen abzuhalten, sondern auch, um sich nachher Recht und Sühne an ihnen zu schaffen. Darum wurden diese Klagen nicht allein gegeben, um durch die Androhung eines Vermögensnachtheils den Herrn zu nöthigen, daß er die Sklaven in Zucht halte, sondern ihr nächster Zweck war, den Herrn zu veranlassen, daß er den Delinquenten demjenigen übergebe, welcher durch ihn verletzt war, damit dieser Rache an ihn nehme, und nur dadurch konnte der Sklave dagegen geschützt werden, daß, wie das auch bei Delicten freier Personen möglich war, dieses mit Geld gesühnt, und je nach dem Falle, eine Geldstrafe oder eine Entschädigung gezahlt wurde[e]). Um sich so an den Sklaven rächen zu können, bedurfte auch der Usufructuar der Noxalklage; denn wenn er ohne diese auch ein Züchtigungsrecht über den Sklaven hatte[f]), so war er doch in der Wahl der Strafen beschränkt[g]), und mußte immer darauf Rücksicht nehmen, daß er den Sklaven nicht verschlechtere, das Interesse des Eigenthümers nicht verletze. Er war nicht Herr über Leben und Tod, und deßhalb gab ihm das Recht, so oft er verletzt war, die

d) Vgl. l. 43 § 12 de furtis 47, 2.

e) Vgl. Jhering, Geist des Röm. Rechts. 1852. Bd. I. § 11.

f) L. 17 § 1 de usufr. 7, 1.

g) Paul. Rec. Sent. III, 6. § 23; Vat. fragm. §. 72; l. 23 § 1 de usufr. 7, 1.

Noxalklage, um, wenn der Herr des Sklaven That durch Geld nicht sühnte, sich auf andere Weise selbst diese Sühne zu verschaffen. Diese Verletzung darf aber, wenn es auch nirgends gesagt wird, nicht allein aus einem kleinen Versehen, wie es jeder Sklave begehen kann, hervorgegangen sein; sie muß nicht zu einem der regelmäßigen Nachtheile jeder Sklavenarbeit gehören, denn um solche abzuwenden und sich dafür Genugthuung zu verschaffen, hat der Usufructuar sein Züchtigungsrecht, und dann wäre auch jeder Ususfruct eines Sklaven die gefährlichste Sache für den Herrn, da sich gar leicht eine Menge von Beschädigungen, die durch den Sklaven entstanden sind, würden zusammenbringen lassen. Die Noxalklage war, wie auch die gewählten Beispiele lehren, nur für schwerere und durch Arglist oder größere Excesse herbeigeführte Beschädigungen zulässig, wie beim Diebstahl, Verführung eines Sklaven u. s. w.

Diese Sätze werden, wenn auch die angeführten Gründe nicht gerade unmittelbar anwendbar sind, auch bei den unnatürlichen Beschädigungen eines im Ususfruct stehenden Thiers analog angewendet werden müssen, da dieser Fall ganz homogen dem, wo ein Sklave beschädigt hat, ausgebildet zu sein scheint.

Der Eigenthümer ist in der Ausübung seines Eigenthums nur so weit gehindert, als die Servitut dadurch verletzt wird; jede andere Handlung kann er nach wie vor unbeschränkt ausüben, und jeden Nutzen aus denjenigen Eigenschaften der Sache ziehen, welche nicht aus ihr ausgeschieden und dem Servitutberechtigten übertragen sind, und daher bleiben ihm selbst bei den weitgreifensten Servituten meistens noch einzelne Befugnisse, aus denen er Vortheil zu ziehen vermag; so haben wir beiläufig schon ein Beispiel erwähnt, wo trotz der Bestellung des so umfangreichen Niesbrauchs dem Eigenthümer dennoch Nutzungen aus der Sache werden können; wir sahen, daß ihm, wenn nichts anders verabredet ist, das Fallholz zufalle. Ulpian faßt derartige Fälle in l. 25 § 3 de usufr. 7, 1 in die Regel zusammen:

> Questionis est, an id, quod acquiri fructuario non potest, proprietario acquiratur? Et Julianus quidem libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, quod fructuario acquiri non potest, proprietario quaeri.

Die Befugniſſe, welche dem Eigenthümer nach der Servitutbeſtellung verblieben ſind, kann er nun auch noch zum Gegenſtande weiterer Servituten machen und ſo ſeine Sache ſucceſſiv durch Veräußerung mehrerer Eigenſchaften verkleinern[h]), ja er kann auch, wie aus den früher gefundenen Reſultaten hervorgeht, ein und dieſelbe Servitut mitunter an mehrere verleihen, ſo namentlich immer bei negativen Servituten, ferner auch bei ſolchen andern Servituten, welche ebenfalls eine Befugniß ertheilen, die ihrem Charakter nach von mehreren geübt werden kann; allein hier tritt ſchon die Beſchränkung ein, welche die Natur der Sache dadurch auferlegt, daß nur eine beſtimmte Anzahl die Befugniß zur Zeit ausüben kann. Wenn daher auch an ein und demſelben Grundſtück, und an ein und demſelben Wege mehreren oder vielen eine Wegerechtigkeit beſtellt werden kann[i]), ſo geht doch jede ſpäter beſtellte nur ſo weit, als der Eigenthümer noch über die zu Grunde liegende Eigenſchaft disponiren konnte, und deßhalb kann der ältere Berechtigte fordern, daß der ſpätere ihm ausweiche u. ſ. w. Mehrere Waſſerleitungsſervituten können ebenfalls neben einander beſtehen[k]), indem die eine z. B. nur das Recht auf Waſſerleitung während beſtimmter Zeiten verleiht[l]), oder indem ſo viel Waſſer vorhanden iſt, daß daſſelbe vom Berechtigten nicht ganz zum Vortheil ſeines herrſchenden Grundſtücks verwendet werden kann[m]). Iſt ferner ein Uſusfruct verliehen, ſo kann daneben nicht eine andere Servitut beſtellt werden, wodurch die gehörige Benutzung und der Fruchtbezug erſchwert wird; wohl aber können auch hier die dem Eigenthümer noch gebliebenen Befugniſſe Inhalt von Servituten werden. So kann der Bezug des Fallholzes, welches dem Uſufructuar nicht zuſteht, Gegenſtand einer Servitut werden, oder, da der Uſufructuar keinerlei Veränderungen an der Subſtanz der Sache vornehmen und alſo ein im Uſusfruct ſtehendes Haus nicht ohne Zuſtimmung des Eigenthümers höher bauen darf, kann dieſer jeder Zeit dem Hauſe die servitus altius

---

h) L. 15 comm. praed. 8, 4.

i) L. 15 comm. praed. 8, 4; l. 4 de aqua quot. 43, 20.

k) L. 4 de aqua quot.

l) L. 2 § 1 de S. P. R. 8, 3.

m) Daſelbſt § 2.

non tollendi auflegen[n]). Ferner verſteht ſich, daß beſtehende andere Servituten nicht die Auflage eines Uſusfructs verhindern, und daß dann der Uſufructuar nur ſo weit die Sache benutzen und Früchte aus derſelben ziehen kann, als nicht die Ausübung der Servitut dadurch behindert wird[o]).

Welche Servituten mit einander unverträglich ſind, iſt eine Frage, für die ſich außer dem oben Geſagten nur wenig allgemeine Regeln aufſtellen laſſen, und die nach den jedesmaligen factiſchen Verhältniſſen beurtheilt werden muß. Einzelne Entſcheidungen finden ſich in den Quellen, ſo, daß auf demſelben Orte, wo eine Wegegerechtigkeit beſteht, keine Waſſerleitungsſervitut beſtellt werden kann[p]), wohl aber zwei Waſſerleitungen an demſelben Orte übereinander beſtehen können[q]), — Entſcheidungen, die mit römiſchen Sitten und Einrichtungen zuſammenhängen und der Modification unter andern factiſchen Verhältniſſen fähig ſind. Es wird erſt an einem andern Orte näher darüber geſprochen werden können, ob ſolche Servituten, welche die Ausübung ſchon beſtehender erſchweren oder unvortheilhafter machen mit Zuſtimmung des Innehabers der letztern vom Eigenthümer errichtet werden können, hier müſſen wir nur auf eine ſingulaire Beſtimmung hinſichtlich der Waſſerleitungsſervituten aufmerkſam machen, indem zur Conſtituirung derſelben immer auch die Zuſtimmung derer erfordert wird, welche ſchon durch eine Servitut zur Benutzung des Waſſers berechtigt ſind. Dieſes Gebot wird in l. 8 de aq. et aq. quot. 39, 3 von Ulpian und in l. 4 C. de servitut. 3, 34 vom Kaiſer Alexander in ſolcher Allgemeinheit vorgetragen, und ſich im letztern Geſetze dafür auf eine poſitive Rechtsquelle, auf das prätoriſche Edict, berufen, weßhalb nicht zu zweifeln iſt, daß hier eine Regel überliefert wird, die nicht ſchon aus der Conſequenz hervorgeht, ſondern etwas enthält, das von den allgemeinen Grundſätzen abweicht. Das kann aber eben nur ſein, daß die Zuſtimmung des Servitutberechtigten bei allen neuen Waſſerleitungen erforderlich iſt, ohne Rückſicht darauf, ob

n) L. 16 de usufr. 7, 1.
o) L. 27 § 4 de usufr.
p) L. 14 de S. P. R. 8, 3; l. 11 de aqua et aq. pluv. 39, 3.
q) L. 3 § 6 de aq. quot. et aest. 43, 20.

derſelbe dadurch in ſeinem Rechte verletzt wird oder nicht. Ulpian begründet freilich dieſe Regel durch die Worte: nec immerito, quum enim minuitur jus eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant, — allein dieſer Grund ſcheint bei der ſonſtigen allgemeinen Faſſung dieſer Stellen mehr den Geſetzgeber rechtfertigen zu ſollen, und bedeutet demnach, daß gewöhnlich das Intereſſe der andern Berechtigten im Spiele und darum zur Abſchneidung ſchwieriger und verwickelter Beweiſe ein für alle Mal die allgemeine Vorſchrift gegeben werde; nicht aber ſoll es ein Criterium für den Richter ſein und nur da Zuſtimmung gefordert werden, wo das Recht vermindert wird.

So wenig zwiſchen Eigenthümer und Servitutberechtigten eine Communion beſteht, indem ihre Rechte ja an ganz verſchiedenen Objecten beſtehen, ſo wenig bildet ſich eine ſolche, wenn mehrere Servituten verſchiedener oder auch einer Art an derſelben Sache beſtellt ſind[r]), wie ſolches auch von Paulus in l. 19 § 2 comm. divid. 10, 3[s]) anerkannt iſt. Gleichwohl aber hat das römiſche Recht der Zweckmäßigkeit die Conceſſion machen zu müſſen geglaubt, daß da, wo zwiſchen verſchiedenen Berechtigten über die Ausübung ihrer Servituten an ein und derſelben Sache Irrungen und Zwiſtigkeiten entſtehen, ein utile judicium communi dividundo zwiſchen denſelben erhoben werden kann[t]). Hätten ſie nämlich in ſolchem Falle nur ihre verſchiedenen confeſſoriſchen Klagen, ſo würde der Richter bei Zwiſtigkeiten unter ihnen immer nur die Servitut, wie ſie conſtituirt war, anerkennen und etwa wegen geſchehener Beſchädigungen verurtheilen können, er würde aber, wenn bei Conſtituirung der verſchiedenen Servituten nicht gehörig Vorſorge für Vermeidung ſolcher Conflicte getroffen, und namentlich nicht die Art und Weiſe der

r) Wenn Mehreren ein Uſusfruct an derſelben Sache zu ideellen Theilen zuſteht, ſo wird allerdings ein communionsartiges Verhältniß hergeſtellt; doch beruht es auf der dem Uſusfruct eigenthümlichen Theilbarkeit, und laſſen wir es daher hier einſtweilen außer Acht.

s) Si per eundem locum via nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi dividundo, vel pro socio agi posse; quae enim communio juris separatim intelligi potest? Sed negotiorum gestorum agendum.

t) L. 4 de aqua et aq. quot. 43, 20.

Benutzung gehörig fixirt war, kein Mittel haben, den ewigen Streitigkeiten durch durchgreifende Anordnungen ein Ziel zu ſetzen, was er Alles im Fall des judicium communi dividundo durch die ihm da zuſtehende Adjudication vermag. Doch wird eben, wie die citirte l. 19 § 2 zeigt, nur im Falle von Zwiſtigkeiten über die Art der Ausübung nicht bei ſonſtigen ſich erhebenden Streitigkeiten dies judicium zuzulaſſen ſein. Iſt daſſelbe aber mal angeſtellt, ſo kann der Richter auch wohl vermöge der großen ihm hier zuſtehenden Machtvollkommenheit die Frage ordnen, wie die für die Ausübung der Servitut nöthigen gemeinſamen Anlagen erhalten werden ſollen, und wird er da, wenn in den leges servitutum nichts anders beſtimmt iſt, eine verhältnißmäßige Repartirung eintreten laſſen müſſen. Die hierher bezüglichen Stellen ſprechen freilich, mit Ausnahme einer Stelle, nur von Waſſerleitungsſervituten; es möchte aber keinem Zweifel unterliegen, daß ſie auch auf andere Verhältniſſe analog anzuwenden ſind. Jene andere von der Theilung eines usus handelnde Stelle[u]) wird anderswo näher zu behandeln ſein.

Die beſondere Begünſtigung, welche in Rom der Religioſität zu Theil wurde, hat es veranlaßt, daß dem Eigenthümer einige Abweichungen von der ihm den Servituten gegenüber angewieſenen Stellung geſtattet werden. Er kann nämlich ein Grundſtück, auf welches Servituten laſten, nicht nur mit Zuſtimmung des Berechtigten durch Illation eines Todten religios machen[v]), ſondern er kann auch dann, wenn nur ein Theil des Grundſtücks von der Religioſität ergriffen werden ſoll, ſelbſt gegen den Willen des Berechtigten dieſen Theil religios machen, vorausgeſetzt, daß die Servitut an dem übrig bleibenden Grundſtück eben ſo bequem und erfolgreich (non minus commode) geübt werden kann[w]). Ebenſo ſoll der Erbe, wenn der Erblaſſer alle ſeine Grundſtücke durch Legat mit Servituten beſchwert hat, auf einem dieſer Grundſtücke nach eigener Auswahl den Erblaſſer begraben, auch wenn dadurch eine vom Teſtator errichtete Servitut beeinträchtigt wird. Nur muß er hier den betreffenden Servitutberechtigten entſchädigen[x]). In dieſen Fällen kann alſo der

u) L. 10 § 1 comm. divid. 10, 3.

v) L. 17 pr. de usufr. 7, 1.

w) L. 2 § 8 de relig. 11, 7.

x) L. 17 pr. de usufr. 7, 1; l. 2 § 7, l 46 pr. de relig. 11, 7.

Eigenthümer einseitig die Servitut ganz oder theilweise aufheben, oder die dienende Sache verkleinern, und ist diese Anomalie, welche mit allen andern im Servitutenrecht geltenden Sätzen in Widerspruch steht, lediglich aus den eigenthümlichen römischen Religionsansichten über den Werth des Begräbnisses zu erklären[y]).

Dagegen greift nicht sowohl den Bestand der Servitut, als vielmehr nur die Freiheit in der Benutzung derselben eine andere Anomalie an, die zu Gunsten des öffentlichen Nutzens eingeführt ist, und ebenfalls mit dem Begräbniß zusammenhängt. Die l. 43 de relig. 11, 7 bestimmt nämlich, daß auch dann, wenn ein Ususfruct an dem ganzen Grundstück bestellt ist, und daher der Eigenthümer dem strengen Rechte nach nichts vornehmen darf, wodurch der Fruchtgenuß auch nur für einen Theil des Grundstücks unmöglich wird, derselbe doch einen Todten an dem Orte inferiren darf, und falls der Usufructuar dies verhindern will, solches mit dem interdictum de mortuo inferendo durchsetzen kann. Er macht jedoch den Ort dadurch nicht zu einem locus religiosus, ja er erhält nur das Recht zu einem vorläufigen Deponiren der Leiche, wie solches in der l. 40 de relig. 11, 7 entgegengesetzt wird dem *sepelire*, wodurch ein dauerndes unverletzliches Begräbniß hergestellt wird. Der Grund jener Vorschrift ist, wie unsere l. 43 auch sagt, der öffentliche Nutzen, damit nicht unbeerdigte Leichen umherliegen. Es will diese Bestimmung also nur eine Hülfe gegen augenblickliche Verlegenheit schaffen; sobald diese gehoben ist, lebt das Recht des Servitutberechtigten wieder auf, und er kann daher mit seiner vindicatio servitutis Herstellung seiner verletzten Servitut fordern und also nach Analogie der in l. 2 § 1 de relig. 11, 7 erwähnten actio in factum einmal Fortschaffung des Leichnams an einen andern Ort und dann Entschädigung für den ihm erwachsenen Schaden. Das Anomale dieses Verhältnisses ist demnach allein darin zu suchen, daß eine Klage, das interdictum de mortuo inferendo, gegeben wird, um eine Handlung durchzusetzen, durch welche ein fremdes Recht geradezu verletzt wird. Diese bei einer Rechtsverletzung gewährte Rechtshülfe befreit aber den Eigenthümer nicht von der Entschädigungspflicht.

y) Weiter ausgeführt habe ich dieses in meiner Dissertation: De rebus religiosis. Goettingae 1851. S. 26 u. f.

Schließlich möge noch erwähnt werden, daß dem Eigenthümer neben den Laſten, welche die Servitut ſeiner Sache auferlegt, auch Vortheile aus derſelben erwachſen können, indem er z. B. die für Ausübung der Servituten nöthigen auf ſeinem Grundſtück gebauten Vorrichtungen zu ſeinen Zwecken benutzt. Wenn daraus für die Servitutberechtigten keinerlei Nachtheil entſteht, werden ſie ihm ſolches nicht unterſagen können, da das Eigenthum jener Vorrichtungen, ſobald ſie mit dem Boden verbunden ſind, ihm zufällt und er daher kraft ſeines Eigenthums handelt. Freilich ſagen Pomponius und Paulus in l. 2 de rivis 43, 21 gegen eine Anſicht des Labeo, der Eigenthümer eines Grundſtücks, über welches eine offene Waſſerleitung gehe, tränke das Vieh aus derſelben nicht aus einem Rechtsgrunde, ſondern nur, weil es die Gelegenheit ſo böte (quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingeret). Allein ſie wollen damit nur ſagen, daß der Eigenthümer den Servitutberechtigten gegenüber kein Recht habe, darauf zu beſtehen, daß die Anlagen in der Weiſe bleiben, daß auch er dieſelben benutzen könne, und ſie vindiciren den Servitutinnehabern das Recht, daran alle Aenderungen zu treffen, die in ihrem Intereſſe liegen, wie z. B. geſchloſſene Röhren ſtatt der offenen zu legen, immer ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß dadurch der Charakter der Servitut nicht verändert und die dienende Sache nicht mehr belaſtet wird. Es kann aber nach jener Stelle auch bei Conſtituirung der Servitut dem Eigenthümer ausdrücklich ein Recht auf Mitbenutzung der Anſtalten vorbehalten ſein, und darf dann keinerlei Aenderung geſchehen, die ihm die Ausübung ſeines Rechts erſchwert, und ferner kann nach l. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3 auch ſpäter durch Uebereinkommen aller Intereſſenten ein derartiges Verhältniß hergeſtellt werden, was aber dann nur die Contrahenten und deren Erben binden wird.

§. 8.

Verhältniß der Servituten gegenüber von Aenderungen im Eigenthume der belaſteten Sache.

Eigenthum und Servitut gewähren beide ein unmittelbares dingliches Recht an der Sache ſelbſt und werden darum unabhängig von einander ausgeübt. Daraus folgt denn auch, daß Aenderungen,

die in der Perſon des Eigenthümers vorgehen, conſequent keine Aenderungen in der rechtlichen Stellung der Servituten hervorbringen können[a]) (den Fall ausgenommen, wo Eigenthum und Servitutrecht auf dieſe Weiſe vereinigt werden), und daß ebenſo Servituten, welche auf einer Sache laſten, nicht die freie Bewegung des Eigenthums zu hindern vermögen[b]). So hebt denn auch namentlich die Confiscation des Eigenthums (des publicare) nicht die an der confiscirten Sache haftenden Servituten auf[c]). Ferner wird ein Uſusfruct, den ein Miteigenthümer für einen ideellen Theil an der gemeinſamen Sache beſtellt hat, in keiner Weiſe dadurch berührt, daß ſpäter derſelbe Miteigenthümer oder ſein Nachfolger ein judicium communi dividundo erhebt; der Uſusfruct bleibt an der ganzen Sache zu dem ideellen Theile beſtehen und wird nicht etwa gegen den Willen des Uſufructuars auf den körperlichen Theil beſchränkt, welcher dem Conſtituenten zugeſprochen wird[d]).

Zur Beantwortung der Frage, wie die noxae deditio eines Sklaven an einen Dritten gegenüber dem an den Sklaven haftenden Uſusfruct wirke, müſſen wir wieder daran erinnern (ſ. o. § 7), wie die Noxalklage die Wahl ließ, zwiſchen der Zahlung des beſtimmten Sühn- oder Entſchädigungsgeldes und der Auslieferung des Sklaven an den Beſchädigten, damit dieſer ſich ſelbſt Sühne ſchaffe. Sollte er nun in den von ihm für nöthig befundenen Maßregeln unbeſchränkt ſein, ſo war es nöthig, daß er nicht durch einen fremden Uſusfruct beengt werde, den er hätte reſpectiren müſſen, und demgemäß mußte der Eigenthümer, gegen den allein wegen Vergehungen des Sklaven

a) L. 60 de usufr. 7, 1; l. 19 quibus mod. usufr. 7, 4; l. 12 comm. pr. 8, 4; l. 20 de acquir. rer. domin. 41, 1; l. 3 § 1 C. de usufr. 3, 33. Ob nicht auf Grund der l. 2 de usufr. legato 33, 2 die Servitut der operae servorum erlöſcht, wenn der Sklave uſucapirt wird, werde ich unten bei näherer Beſprechung dieſer Servitut behandeln.

b) L. 120 de leg. I. 30.

c) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

d) L. 31 de usu et usufr. legato 33, 2. Eine andere ſpäter zu behandelnde Frage iſt, ob nicht gegen den Uſufructuar in einem ſolchen Falle ſelbſtändig ein utile judicium communi dividundo von den andern Miteigenthümern angeſtellt werden könne.

geklagt werden konnte[e]), wollte er ſich durch noxae deditio von der Klage frei machen, denſelben frei von jedem fremden Uſusfruct übertragen, und hatte er das unterlaſſen und einen Sklaven hingegeben, an dem noch ein ſolcher beſtand, ſo konnte er, ſo lange dies der Fall war, auch noch ehe der Uſufructuar ſein Recht geltend gemacht hatte, mit der actio judicati auf Zahlung des Schadenerſatzes belangt werden[f]), da die noxae deditio, die ihn davon befreien konnte, nicht gehörig geſchehen war. Demnach erloſch der Uſusfruct durch die bloße noxae deditio Seitens des Eigenthümers niemals ipso jure. Damit nun aber der Eigenthümer auch den Uſusfruct, der doch einem andern zuſtand, mitübertragen konnte, half ihm der Prätor, indem er den Uſufructuar nöthigte, entweder ſeinen Uſusfruct an den Eigenthümer zu cediren, oder nach Verhältniß des Werths deſſelben zum Schadenserſatz beizutragen. Hatte ſich der Eigenthümer dafür entſchieden, die Sache herauszugeben, ſo konnte der Uſufructuar ſelbſtändig den Sklaven vertheidigen, und wenn er doch verurtheilt wurde, denſelben rechtsverbindlich an den Kläger herausgeben[g]). Unterließ auch der Uſufructuar die Vertheidigung und immittirte daher der Prätor den Verletzten in das bonitariſche Eigenthum des Sklaven, ſo verlor der Uſufructuar dadurch noch nicht ſein civiles Recht; aber der Prätor verweigerte ihm jede Klage, und das mußte denn zum Erlöſchen wegen Nichtgebrauch führen[h]).

Analog werden auch dieſe Sätze angewendet werden müſſen, wenn Thiere, an denen ein Uſusfruct beſteht, Fremden wegen unnatürlicher Beſchädigungen dedirt werden ſollen.

Nur der kurzen Erwähnung wird es bedürfen, daß, wie aus bekannten allgemeinen Regeln folgt, eine Servitut auch dann durch

---

e) L. 18 de noxal. act. 9, 4. Wenn l. 19 § 1 eod. ſagt: Si servi, in quo ususfructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit, *verba efficiunt*, ut cum noxae deditione damnetur, ſo kann daraus nicht gefolgert werden, daß da, wo der Eigenthümer die Dienſte nicht gemiethet habe, er auch nicht mit der Noxalklage belangt werden könne, ſondern nur, daß hier ſchon die Worte der 12 Tafeln die Haftpflicht deſſelben unzweifelhaft machten. Vgl. Bachofen, Pfandrecht I. S. 396—419.

f) L. 4 § 8 de re judicata 42, 1; l. 69 de solution. 46, 3.

g) L. 17 § 1, l. 27. pr. de noxal. act. 9, 4.

h) L. 27 pr. de noxal. act. 9, 4.

Veränderung des Eigenthums aufgehoben wird, wenn der Conſtituent derſelben das Eigenthum der Sache nur unter einer Suspenſivbedingung hatte, und nun er oder ſein Nachfolger daſſelbe in Folge des Eintritts dieſer Bedingung verloren hat [i]).

Schwieriger iſt die Frage, welche Wirkung einer Veräußerung der dienenden Sache Seitens eines Pfandgläubigers den Servituten gegenüber beizulegen iſt. Iſt das Pfandrecht jünger als die Servitut, ſo kann natürlich durch daſſelbe das Rechtsverhältniß der Servitut nicht alterirt werden, und ſie wird jedem Käufer gegenüber dieſelbe Kraft haben [k]). Wenn dagegen das Pfandrecht älter iſt als die Servitut, alſo die Servitut an der ſchon verpfändeten Sache beſtellt iſt, ſo entſteht die in den Quellen nirgends direct beantwortete und auch in unſerer Literatur wenig berückſichtigte Frage, ob und wie weit dieſe Servituten dem Pfandgläubiger oder den Käufern des Pfandes gegenüber Anerkennung beanſpruchen können. Daß zunächſt der Eigenthümer zur Beſtellung derſelben trotz des Pfandrechts befugt iſt, und daß durch die Servitutbeſtellung ein wahres dingliches Recht an der Sache entſteht, geht daraus mit Evidenz hervor, daß der Eigenthümer, auch wenn ſeine Sache verpfändet iſt, ſie doch veräußern und alſo für einen Dritten Eigenthumsrechte an derſelben conſtituiren kann, er alſo noch vielmehr einzelne intellectuelle Theile der ganz in ſeiner Botſchaft ſtehenden Sachen veräußern, d. h. Servituten an derſelben wird conſtituiren können. Es iſt derſelbe Grund, welcher ihn ermächtigt, neben einem beſtehenden Pfandrecht noch weitere völlig gültige und ſelbſtändige Pfandrechte zu beſtellen, nur daß durch einen derartigen Act, abgeſehen von den durch poſitive Geſetze eingeführten ſingulären Pfandprivilegien, das ältere Pfandrecht in ſeiner Wirkſamkeit niemals gehemmt und in ſeinem Werthe nicht verſchlechtert werden darf. Dieſer Geſichtspunkt muß nun ebenfalls bei ſpätern Servitutbeſtellungen im Auge behalten werden, und deßhalb dürfen ſie nicht die einzelnen Eigenſchaften der verpfändeten Sache dem Pfandrecht entziehen, vielmehr wird die völlig gültig conſtituirte Servitut von vorneherein von dem allgemeinen Pfandrecht an der Sache mit ergriffen. Es ver-

i) L. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.
k) L. 2 C. de usufr. 3, 33.

hält sich hier ähnlich, als ob eine verpfändete Sache in körperliche Theile gespalten, und dann die einzelnen Theile an verschiedene Personen veräußert wären, oder ein Complex von Sachen, die einen Gesammtbegriff bilden, verpfändet wäre, der sich dann in seine Bestandtheile aufgelößt hätte. Hier könnte der Pfandgläubiger gegen jeden Innehaber eines solchen Theils nach freier Wahl das Pfandrecht bis zu seiner Befriedigung geltend machen[1]), und so müssen wir auch, wenn jemandem eine unbelastete Sache und also auch der Inbegriff aller ihrer Eigenschaften verpfändet ist, hernach aber eine oder mehrere Eigenschaften der Sachen abgezweigt und Dritten übertragen sind, dem Pfandgläubiger das Recht vindiciren, nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem Servitutberechtigten gegenüber seine Pfandansprüche geltend zu machen. Wenn nun die Analogie des eben berührten Falles fordert, daß der Gläubiger nach eigener Wahl mit der actio hypothecaria Einweisung in das Eigenthum oder in die Servitutbefugniß oder, wenn die Veräußerung des einen noch nicht zur Befriedigung hinreichen sollte, in Beides zum Zwecke des Verkaufs verlangen kann, so erleidet doch dieses Resultat eine wesentliche Modification durch die Eigenthümlichkeit einer Art der Servituten. Wie wir nämlich später weiter entwickeln werden und hier nur kurz anzudeuten brauchen, ist die größere Zahl der Servituten unveräußerlich, d. h. so eng mit dem berechtigten Subjecte oder dem Eigenthum einer andern Sache verknüpft, daß der Inhalt der Servitut, und also sie selbst, ganz anders werden würde, wenn sie auf einen andern übergehen müßte. Darum ist es unmöglich, daß der Innehaber einer persönlichen unveräußerlichen Servitut, oder bei einer Realservitut der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Servitut einem andern überlassen kann, und nur an den Innehaber der dienenden Sache ist in so fern eine Uebertragung der veräußerten Eigenschaft möglich, als der Servitutberechtigte auf die Servitut verzichten kann. Wollte daher hier die hypothekarische Klage vorher, ehe der Pfandgläubiger sich der Sache bemächtigt hat, Einweisung in die abgetrennte Befugniß, z. B. in die zu Gunsten eines bestimmten Grundstücks bestellte Wegeservitut fordern, so begehrte sie etwas juristisch Unmögliches, und deßhalb muß hier

1) L. 2 C. si unus ex pluribus heredibus creditoris 8, 32.

der Pfandgläubiger immer erſt die körperliche Sache abholen, und dann erſt kann er die Einweiſung in die abgelößte Eigenſchaft, d. h. Erlöſchen der Servitut beanſpruchen. Sind mehrere Servituten an der Sache beſtellt, ſo hat er nach Analogie der oben beſprochenen Regel nunmehr zwiſchen dieſen verſchiedenen Befugniſſen die Wahl, welche er einziehen will.

Iſt aber zu erwarten, daß er ſchon aus der Veräußerung der mit den Servituten noch belaſteten Sache ſeine Befriedigung erlangen wird, ſo ſteht ihm eine exceptio doli entgegen, wenn er auch noch die Servitut auf Grund ſeines Pfandrechts revociren will. Sieht er jedoch, daß das Eigenthum allein nicht hinreicht, ſo kann er auch die Servitutbefugniß zu ſeiner Befriedigung heranziehen, und zwar wird er eine actio negatoria hypothecaria gegen den Servitutberechtigten anzuſtellen oder ſolche an den Käufer der Sache zu cediren haben; ja er, ſowie der Käufer, kann auch da, wo er die zum Schutz in der Ausübung der Servituten gegebenen Interdicte nicht zu fürchten hat, und im Beſitz der dienenden Sache iſt, einſeitig den Berechtigten an der Ausübung der Servitut hindern und wird dann der confeſſoriſchen Klage des Letztern eine exceptio hypothecae entgegenſtellen können. Iſt aber bei dem Verkaufe des Pfandes die Servitut nicht ausdrücklich erwähnt, und entſteht dann die Frage, ob ihr Inhalt mit veräußert und ob dadurch der betreffende Kaufpreis erzielt iſt, oder ob das Eigenthum ohne dieſe abgezweigten Befugniſſe Inhalt des Pfandverkaufs war, ſo muß wohl dafür vermuthet werden, daß die Servitut nicht mit veräußert iſt, und alſo noch an der veräußerten Sache haftet.

Bleibt dem Pfandgläubiger aus dem Erlöß der Sache einſchließlich der Servitutbefugniß nach ſeiner Befriedigung ein Ueberſchuß, ſo wird aus dieſem zunächſt der nachſtehende Pfandgläubiger, der ein älteres Recht als die Servitutberechtigten hat, befriedigt werden müſſen; iſt kein ſolcher vorhanden, oder bleibt dennoch ein Ueberſchuß, ſo möchte auf denſelben der Servitutberechtigte bis zum Belaufe des Werthes der Servitut den erſten Anſpruch erheben können, da ja ſein Recht erſt angegriffen werden durfte, nachdem es ſich herausgeſtellt hatte, daß das Eigenthum nicht hinreiche, es alſo auch billig erſcheint, daß die Servitut nur ſo weit dem Berechtigten entzogen werde, als das Eigenthum nicht hinreicht, d. h. alſo, er

für den übrigen Theil pekuniär aus dem Erlöß entschädigt werde. Sind mehrere Servituten mitveräußert worden, so wird unter diese der Ueberschuß nach Verhältniß des Werths der veräußerten Servituten zu theilen sein, da kein anderes Prinzip entscheidet.

Einige Servituten, nämlich der Ususfruct und andere ihm nachgebildeten Personalservituten können aber auch an andere Personen als an den Eigenthümer der Sache veräußert werden[m]), und deßhalb kann der Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht geltend machen will, dem Usufructuar gegenüber Einweisung in die Servitut fordern, auch ohne daß er vorher den Besitz der körperlichen Sache erlangt hat. Hier hat er also ganz freie Wahl, ob er sich aus dem Eigenthum mit der rei vindicatio hypothecaria oder der Servitut mit der actio confessoria hypothecaria, beziehungsweise, wenn er die körperliche Sache schon hat, mit der actio negatoria hypothecaria Zahlung schaffen will — nur daß ihm, wenn er sich in eins dieser beiden Rechte hat einweisen lassen und daraus Befriedigung zu erwarten steht, die exceptio doli ebenfalls entgegengesetzt werden kann, wenn er das andere auch in Anspruch nimmt. Daß er aber einen Theil des Eigenthums und einen Theil des Ususfructs, oder, falls mehrere veräußerliche dem Ususfruct ähnliche Personalservituten an der Sache bestellt sind, von jeder einen Theil zum Zwecke der Veräußerung fordern kann, möchte unbedenklich sein, sobald eben nur aus dem Erlöß der verschiedenen Theile nicht mehr zu erwarten steht, als zur Befriedigung nöthig ist. Ein Ueberschuß würde hier nach Verhältniß des Werthes der veräußerten Befugnisse zu theilen sein.

C. L. Götting II[n]), der diese Frage in neuerer Zeit wieder besprochen hat, kommt zu einem ganz andern Resultate. Er will nämlich hier lediglich die Analogie der mehrfachen Verpfändung wirken lassen, und fordert darum überall, daß der Pfandgläubiger zunächst das Eigenthum angreife, und erst wenn dieses ihn ohne die Servitutbefugniß vermuthlich nicht befriedigen werde, auch letztere und bei mehreren zunächst die jüngere einklage und veräußere. Wie der Ueberschuß zu vertheilen sei, erwähnt er nicht.

---

m) Die Beweise dieses Satzes siehe unten im §. 27.

n) Advokat in Hildesheim, in den Annalen des Advokatenvereins zu Hannover. Neue Folge. Bd. I. 1847. S. 65—72.

Er überſieht dabei, wie es dem Weſen des Pfandrechts durchaus nicht entſpricht, daß ſpätere Handlungen des Verpfänders dem Gläubiger vorſchreiben ſollen, wie und in welcher Reihenfolge er an dem ganzen ihm verpfändeten Inhalt ſein Recht geltend machen ſoll; dieſe ſpätern Handlungen können ihn nöthigen, mehreren gegenüber ſein Recht zu verfolgen, während er vorher ſein Ziel durch eine einzige Klage erreichen konnte, allein dies möchte auch die einzige Folge ſein, und ſo wenig, wie dann, wenn der Eigenthümer die verpfändete Sache in einzelnen körperlichen Theilen veräußert hat, nun etwa der Pfandgläubiger genöthigt werden kann, zunächſt denen gegenüber, die zuletzt erſt ein dingliches Recht an ihrem Theil erwarben, ſein Recht geltend zu machen, eben ſo wenig darf das der Fall ſein, wenn nicht körperliche Theile, ſondern mit der Sache verbundene und darum mit dieſer verpfändete Eigenſchaften von derſelben abgelöſt ſind.

Man könnte mir aber entgegenhalten, daß es für den Gläubiger ohne Intereſſe ſei, ob er ſeine Befriedigung aus dem Eigenthume oder aus den Servitutbefugniſſen erhalte, und daraus folgern wollen, daß er, da ſolches dem Weſen der dinglichen Rechte und der Billigkeit mehr entſpreche, ſich zunächſt an den Eigenthümer und erſt ſubſidiär an die abgeleiteten Rechte halten müſſe. Allein wenn ſolche Gründe auch für den Geſetzgeber Veranlaſſung zum regelnden Einſchreiten ſein können, ſo dürfen ſie doch den Richter nicht veranlaſſen, den Berechtigten in der vollen Ausübung ſeines Rechts zu beſchränken. Der Pfandgläubiger hat ein beſſeres Recht, als alle die übrigen, welche ſpätere dingliche Rechte haben, und darum kann er es jedem gegenüber geltend machen. Daß aber der Pfandgläubiger niemals ein Intereſſe daran habe, aus der Veräußerung der Servitut lieber, als aus der Veräußerung des Eigenthums befriedigt zu werden, läßt ſich nicht für alle Fälle behaupten. So kann z. B. für den einer Corporation beſtellten Uſusfruct vielleicht ein Preis erzielt werden, welcher die Pfandſchuld tilgt, während das des Nießbrauchs auf lange Jahre entkleidete Eigenthum einen ſehr geringen Werth hat. Der Pfandgläubiger kann hier alſo mit einer Klage zu ſeiner Befriedigung gelangen, und auch der Verkauf iſt dabei einfacher. Er übernimmt ja nur Einem gegenüber eine Verantwortung, und bei dieſer handelt es ſich nicht um ſo hohe Summen.

Der letztere Grund kann auch statthaben, wenn der Kaufpreis für die Servitutbefugniß schon die Forderung deckt, dagegen die Veräußerung des Eigenthums eine weit höhere Summe erzielen würde. Da nun also ein derartiges Interesse möglich ist, so kann der Pfandgläubiger um so weniger durch Vorschriften, welche gegen die Einheit des Systems anstoßen, in der Verfolgung seines Rechts beschränkt werden.

§. 9.

Verhältniß der Servitut, wenn die einzelnen körperlichen Theile der dienenden Sache in den Händen verschiedener Eigenthümer sind.

Wie schon gesagt, ist die Erdoberfläche an und für sich ein zusammenhängendes ununterbrochenes Ganze, und es bedarf einer rechtlichen Fiction, um die einzelnen Theile derselben, die Grundstücke, als selbständige und unabhängige Sachen erscheinen zu lassen. Der Umfang eines Grundstücks ist darum auch durch kein Naturgesetz geregelt, sondern hängt nur von menschlicher Willkühr ab, weßhalb er fortwährender Aenderung fähig ist, und so kann das, was heute als ein Grundstück Gegenstand eines Eigenthumsrechtes oder einer Servitut ist, morgen in zwei und mehrere Sachen verwandelt sein, die fortan ein von einander unabhängiges Schicksal haben werden und keine Spuren der frühern Vereinigung zeigen; es kann aber auch die eine selbständige Sache sich morgen einer andern in der Weise angeschlossen haben, daß sie fortan beide zusammengenommen den Charakter einer Sache haben werden.

Diese unendliche Theilbarkeit des Grundeigenthums macht es denn auch möglich, daß die Grenzen der mit einer Servitut belasteten Sache nicht immer mit den Grenzen der Sache zusammenfallen, welche demselben Eigenthümer gehört, und der gemeinsamen Kultur und Bestimmung wegen als ein Begriffsganzes behandelt wird, wie eine Wiese, ein Garten u. s. w. Dieses Aufeinanderfallen der Grenzen kann durch verschiedene Gründe herbeigeführt sein, so namentlich dadurch, daß eine Servitut Anfangs alle Theile der damals als ein Grundstück, als eine eigene Sache, ausgeschiedenen Erdoberfläche umfaßte, diese aber nachher, während die Servitut

unverändert auf denſelben Schollen haften blieb, von ihrem Eigenthümer zu mehreren Sachen gemacht oder mit Aufhebung ihrer Selbſtändigkeit einer andern einverleibt iſt. Sodann kann aber auch von Anfang an der Eigenthümer nur einem Theile der Sache, welche als ein Ganzes in ſeinem Eigenthume ſteht, die Servitut aufgelegt haben, ſo daß er zum Zwecke der Conſtituirung derſelben eine Theilung ſeiner Sache vornahm, und während ſie in allen übrigen Beziehungen noch immer als eine gilt, ſie doch hinſichtlich der Servitut zu zwei Sachen, zu einer dienenden und einer nicht dienenden, geſchieden iſt. Bei manchen Servituten wird dies Verhältniß ſchon immer bei einem nur einigermaßen größern Grundſtück geboten ſein, wie z. B. bei der servitus protegendi, da das übergebaute Dach doch nur in die Luftſphäre eines kleinen Theils des betreffenden Grundſtücks hineinragen wird, und dieſes nur ſo weit wirklich belaſtet iſt. Wenn man in ſolchen Fällen daher auch wohl das ganze Stück, welches in Beziehung auf das Eigenthum eine Sache ausmacht, als dienend, als fundus serviens bezeichnet, ſo iſt das doch eine ungenaue Redeweiſe, und ſtreng genommen iſt nur der eine Theil die dienende Sache. Ebenſo verhält er ſich bei den Wegeſervituten, wenn einmal ein beſtimmter Weg ein für alle Mal fixirt iſt, wo auch nur der unmittelbar durch den Weg eingenommene Boden als die belaſtete Sache erſcheint. Ferner kann dadurch ein Unterſchied zwiſchen den Grenzen der dienenden Sache und der hinſichtlich des Eigenthums als Einheit behandelten Sache eintreten, daß der Berechtigte für einen Theil des dienenden Grundſtücks auf die Servitut verzichtet, was ihm nach einem Ausſpruch des Paulus in l. 6. de serv. 8, 1 durchaus zuſteht[a]).

Außerdem wird aber auch in Folge geſetzlicher Vorſchrift mitunter die Berechtigung an mehreren Grundſtücken als eine einzige Servitut aufgefaßt, trotzdem daß dieſe von Anfang an verſchiedenen Eigenthümern gehörten und die Berechtigung daran vielleicht auch zu verſchiedenen Zeiten conſtituirt ward. Die dienende Sache beſteht demnach dann aus dem Complex der belaſteten Grundſtücke. Dies

a) Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.

wird aber in den Geſetzen vorgeſchrieben für die Wege- und Waſſerleitungsſervituten und zwar aus folgenden Gründen.

Die genannten Berechtigungen bedürfen meiſtens, um benutzt werden zu können, einer bleibenden Vorrichtung, die ſich, wenn ſie auch über Grundſtücke verſchiedener Herren geht, doch äußerlich als ein Ganzes darſtellt, ſo daß der, welcher auf einem ſolchen Wege geht, oder eine ſolche Waſſerleitung benutzt, vielleicht gar nicht mal darüber zum Bewußtſein zu kommen braucht, auf weſſen Grundſtück er gerade die Befugniß übt. Dazu kommt, daß die Berechtigung an einem oder dem andern der fraglichen Grundſtücke für ihn gar keinen Werth haben wird, indem ein Weg oder eine Waſſerleitung nur dann ihrem Zweck entſpricht, wenn ſie von einem beſtimmten Punkte zu einem beſtimmten andern führt, einzelne Stücke aber, dem die Ausgangspunkte oder die Verbindungen fehlen, ihrem Zwecke gemäß nie verwandt werden können[b]). Werden deßhalb Wege- oder Waſſerleitungsſervituten einzelnen von mehreren aneinanderliegenden Grundſtücken auferlegt, die einen ununterbrochenen Weg oder eine vollendete und benutzbare Waſſerleitung nicht zu gewähren vermögen, ſo können ſie ihrem Zwecke gemäß gar nicht benutzt werden; wenn ſie dennoch rechtsgültig beſtehen, ſo geſchieht es, weil ſie durch die Hoffnung einigen Werth behalten, daß die Servitut auch noch den Grundſtücken auferlegt werde, welche zur Zeit die Vollendung der Anlage verhindern[c]). Bis dahin haben ſie gleichſam nur einen proviſoriſchen Charakter, und ihre wahre Bedeutung erhalten ſie erſt, wenn die ganze Linie vollendet iſt, und demnach iſt auch der eigentliche Anfangspunkt der Berechtigung für ſämmtliche Grundſtücke derſelbe. Mit dieſem Momente verſchmelzen die einzelnen zu verſchiedenen Zeiten und durch verſchiedene Acte conſtituirten proviſoriſchen Servituten zu einer einzigen, da Zweck, Anfang und äußere Erſcheinung der Servitut für alle Grundſtücke dieſelben ſind[d]). Wir

b) L. 17 § 3 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

c) L. 7 § 1 comm. praed. 8, 4.

d) Paulus bezeichnet das in l. 38 de S. P. R. 8, 3 alſo:

— via consummari solet, vel civitate tenus, vel usque ad viam publicam, vel usque ad flumen, in quo pontonibus traliciatur, vel usque ad proprium aliud eiusdem domini praedium.

werden unten ſehen, wie die Wege- und Waſſerleitungsſervituten mitunter in der Weiſe conſtituirt werden, daß der Berechtigte ſich noch einen Theil des belaſteten Grundſtücks zu wählen hat, wo der Weg oder die Waſſerleitung gehen ſoll. Hier iſt die Befugniß zunächſt auf dieſe Wahl gerichtet, und hat man drum dieſe an mehreren Grundſtücken erworben, ſo möchte die Regel von der Einheit mehrerer Wegeſervituten nicht anzuwenden ſein, und die einzelnen Servituten verſchiedenen Schickſalen unterliegen, da das Band, welches ſie ſpäter vereinigt, die äußere Erſcheinung als eine einzige Sache, noch gar nicht vorhanden iſt[e]).

Die wichtigſte Folge dieſer Auffaſſung iſt die von Ulpian in l. 18 de S. P. R. 8, 3 beſprochene:

> Una est via, etsi per plures fundos imponatur, *quum una servitus sit.* Denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur; ideoque si nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur[f]).

Darnach ſoll alſo eine ſolche über mehrere Grundſtücke führende Servitut nicht durch Nichtgebrauch erlöſchen können, wenn ſie auch innerhalb der betreffenden Zeit nur auf einem einzelnen Grundſtück geübt iſt, eine Vorſchrift, die um ſo mehr gerechtfertigt iſt, als grade bei der äußerlichen Einheit des Wegs häufig der Beweis, daß man auch über jedes einzelne Grundſtück gegangen iſt, nicht mit derſelben Sicherheit erbracht werden kann, wie der, daß man überhaupt auf dem Wege gegangen iſt. Das letztere iſt eine Wahrnehmung, die ſich jedem Zeugen leicht aufdrängt, während er darüber, auf weſſen Grundſtück der Berechtigte grade augenblicklich geht, mitunter gar nicht zum Bewußtſein kommen wird.

Dieſe Auffaſſung von der Einheit des Servitut greift nun auch da Platz, wo ein Weg in der Weiſe über zwei Grundſtücke geht, daß jedes derſelben einen Theil contribuirt, um die erforderliche Breite herzuſtellen, alſo die Grenze zwiſchen beiden Grundſtücken den Weg der Länge nach ſcheidet. Auch hier manifeſtirt ſich die

---

e) Arg. lg. 6 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

f) L. 8 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

Servitut ſchon durch die Anlage u. ſ. w., als eine einzige und wird darum auch ſelbſt da als ſolche behandelt, wo die alleinige Ausübung auf einem Theile möglich und nutzbringend iſt, wie z. B. da, wo ein getheilter Fahrweg doch noch als Fußweg benutzt werden kann[g]).

Für die Waſſerleitungsſervitut wird dieſe Regel von Javolenus in l. 9 quemadm. serv. amitt. 8, 6 ausgeſprochen:

> Aqua, si in partem aquagii influxit, etiam si non ad ultima loca pervenit, omnibus tamen partibus usurpatur.

Doch auch von dem Erlöſchen der Servituten durch Nichtgebrauch abgeſehen, ſind noch andere Folgerungen aus dem Satze gezogen, daß eine über mehrere Grundſtücke gehende Wege- oder Waſſerleitungsberechtigung als eine Servitut gelten ſoll. So zunächſt hinſichtlich der unten näher zu beſprechenden Regel, wonach niemand an eigener Sache eine Servitut haben kann und daher dieſelbe ſtets untergeht, wenn der Berechtigte an der belaſteten Sache das Eigenthum erwirbt, und wonach ferner, ſelbſt wenn er nachher die herrſchende oder dienende Sache weiter veräußert, die Servitut nicht anders auflebt, als wenn ſie ausdrücklich neu conſtituirt wird. In Beziehung hierauf ſagt Javolene in l. 15 quemadm. serv. amittitur 8, 5:

> Si, quum servitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum acquisivi, *manere servitutem puto*, quia toties servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quam pertineat, non potest; medio autem fundo acquisito potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeatur.

Darnach ſoll, wenn der Berechtigte nur eines von mehreren mit einer Wegeſervitut belaſteten Grundſtücken zum Eigenthum erwirbt, die ganze auch dieſes umfaſſende Servitut beſtehen bleiben, weil ſie nur erliſcht, wenn ſie von dem Berechtigten nicht mehr ausgeübt werden kann. Der gebrauchte Singular in den geſperrt gedruckten Worten, macht dieſen Sinn unzweifelhaft. Die Folge, welche aus dieſem Satze hier von Javolen gezogen wird, würde ſich freilich auch in dem andern Falle ergeben, wenn an jedem Grundſtück eine beſondere Servitut beſtehen würde, indem auch dann kein Grund vorhanden wäre, warum nicht an den Grundſtücken, die nicht vom Berechtigten erworben ſind, die Servitut fortdauern ſoll. Aber die von Javolen

g) Arg. lg. 6 § 1 quemadm. serv. amitt 8. 6.

gebrauchte Begründung wird uns zur Erklärung einer andern Stelle nützlich sein, die dieselbe Voraussetzung hat, nur daß sie daraus einen weitern Fall combinirt.

In l. 31 de S. P.R. 8 3 erzählt Julian nämlich Folgendes: Von drei Grundstücken verschiedener Eigenthümer, die in einer fortlaufenden Reihe liegen, stand dem untersten die Berechtigung zu, über die beiden andern Wasser zu leiten. Der Eigenthümer dieses untersten herrschenden Grundstücks erwarb nun das oberste der beiden dienenden Grundstücke, und veräußerte später das dienende Grundstück wieder. Hier war nun die Frage aufgeworfen, ob nicht die Servitut wenigstens für das oberste Grundstück erloschen sei, da herrschende und dienende Sache in demselben Eigenthum gestanden hatten, und man an eigener Sache keine Servitut haben kann. Der Jurist entscheidet da:

> Negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset, et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desiisset, aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.

Danach soll also die Servitut auch an der eigenen Sache fortbestanden haben und auch auf den Käufer der herrschenden Sache übertragen sein, und zwar gelangt Julian dahin durch folgenden Gedankengang: Die Wasserleitungsservitut über mehrere Grundstücke gilt, so weit sie sofort ausgeübt werden soll, erst dann als völlig constituirt und als eine rechtliche Einheit, wenn sie den sämmtlichen zusammenhängenden Grundstücken auferlegt ist; sie theilt sich aber in einzelne eventuelle Servituten, sobald sie auf einem in der Mitte liegenden Grundstück nicht ausgeübt werden darf. Dies tritt aber noch nicht dadurch ein, daß der Berechtigte das obere der drei Grundstücke erwirbt, sondern da hier der faktische Zustand, die äußere Einheit der Wasserleitung, bestehen bleibt, so gilt das auch für die rechtliche, und da diese eine Servitut doch noch immer den Grundstücken gegenüber, die nicht eigene Sachen des Berechtigten geworden sind, ihre volle Bedeutung behält, bleibt sie allen Grundstücken gegenüber in

Kraft. Erſt wenn der Berechtigte auch das zwiſchenliegende Stück erworben hätte, würde die Servitut erlöſchen. Ein anderes Verhältniß tritt aber ein, wenn während der Zeit, wo das Eigenthum der herrſchenden und einer der dienenden Sachen vereinigt war, der Berechtigte für das dazwiſchenliegende Grundſtück, ja ſelbſt, wenn mehrere vorhanden wären, für eins derſelben das Recht Waſſer zu leiten, verloren hätte. Denn indem dadurch, wie geſagt, die Geſammtſervitut ſich aufgelößt haben würde, ſo würden nur einzelne der Ausübung nach ſuſpendirte Servituten an den einzelnen Grundſtücken beſtehen, und ob eine derſelben wegen Vereinigung mit der herrſchenden Sache erlöſchen müſſe, würde nach allemeinen Regeln ohne Rückſicht auf die andern Grundſtücke zu entſcheiden ſein. Dies letztere Verhältniß würde nun auch nicht geändert, wenn der Berechtigte, während ihm noch das obere Grundſtück gehört, die Servitut an dem dazwiſchenliegenden Grundſtück, auf die er verzichtete, wieder erwerben würde; denn auf ſeinem eigenen Grundſtück konnte die durch jenen Verzicht einmal erloſchene Servitut nach der allgemeinen Regel: nemini res sua servit, von dem Berechtigten ſelbſt nicht wieder beſtellt werden, und ſo könnte auch jene Geſammtſervitut, da ihr jetzt ein Glied in der Kette fehlt, nicht wieder aufleben.

Ein anderer Fall, wo die Auffaſſung der Befugniß, über mehrere aneinanderhängenden Grundſtücken zu gehen oder Waſſer zu leiten, als eine einzige Servitut auf die für praktiſche Fragen gegebene Entſcheidung Einfluß hat, iſt der von Paulus in l. 38 de S. P. R. beſprochene. Darnach ſoll ein öffentlicher Fluß, der zwiſchen zwei Grundſtücken hindurch fließt, und über dem man nur mit Hülfe von Fahrzeugen, nicht mittelſt einer Brücke oder durch Waten gelangen kann, die Conſtituirung einer Wegeſervitut zu Gunſten des dieſſeitigen an dem jenſeitigen Grundſtück unmöglich machen. Das ſoll aber nur gelten, wenn der Fluß zwiſchen dem herrſchenden auf der einen und allen dienenden Grundſtücken auf der andern Seite durchfließt, nicht dagegen, wenn eins oder mehrere der dienenden Grundſtücke noch auf derſelben Seite mit dem herrſchenden liegen, und ſo der Anfang der Servitut einmal gültig conſtituirt iſt, wo denn dieſe auch die jenſeitigen Grundſtücke ergreifen kann, trotzdem daß der Berechtigte doch von den dienenden Sachen auf dieſelbe Weiſe getrennt erſcheint, wie in dem erſten Falle, wo alle dienenden Grundſtücke

auf der andern Seite des Flusses lagen. Auf das *consummari* einer Wegeservitut wird sich dafür ausdrücklich berufen. Die tiefern Gründe dieser Entscheidung werden wir erst unten in § 18 näher besprechen können.

Die seither behandelten in den Quellen nur für Wege- und Wasserleitungsservituten ausgesprochenen Regeln, werden nun aber auch wohl einer analogen Ausdehnung auf die, jedoch auch nur auf diejenigen Fälle fähig sein, wo gleichartige Servituten mehreren aneinanderstoßenden Grundstücken auferlegt sind, und eine Verrichtung zur Ausübung der Servitut nöthig und bereits hergestellt ist, die sich äußerlich als eine Einheit darstellt, wie das bei dem Wege und der Wasserleitung der Fall ist. So z. B. wenn das Vordach vielleicht an einem Punkte, wo mehrere Grundstücke in einem spitzen Winkel zusammenlaufen, in den Luftraum dieser mehreren Grundstücke hineinragt, wo dann die darauf gerichtete Berechtigung an diesen einzelnen Grundstücken als eine einzige Servitut aufgefaßt werden kann.

Hieran hätten wir nun Erörterungen über die Frage zu knüpfen, welchen Einfluß die körperliche Theilung der dienenden Sache gegenüber den an derselben bestehenden Servituten äußere[h]). Allein da

h) Es ist gebräuchlich, die Lehre von der Untheilbarkeit der Servituten als einen Fundamentalsatz der ganzen Servitutentheorie abgelöst von den einzelnen Beziehungen, in welchen er wirksam ist, zu behandeln. Obgleich die röm. Juristen dadurch selbst hierzu Veranlaßung gaben, daß sie sich für die verschiedensten Verhältnisse auf denselben berufen und ihn mitunter in einer fast sprichwortlichen Form wiedergeben, so beruht doch diese Untheilbarkeit in ihren verschiedenen Richtungen auf ganz verschiedenen Gründen, und ist selbst in einem verschiedenen Umfange vorhanden, weßhalb ich vorgezogen habe, nicht in einem besondern Abschnitt, sondern an verschiedenen Stellen des Systems die Theilbarkeit und Untheilbarkeit zu besprechen, und so werde ich auf dieselbe zurückkommen, um das Verhalten der Servitut bei Theilung des herrschenden Grundstücks darzustellen, dann in der Lehre von der Entstehung und vom Untergang der Servituten u. s. w. Auch die neueste Schrift über diesen Gegenstand, die kurze Inaugural-Abhandlung von J. G. Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten, versucht abweichend von älteren Darstellungen eine verschiedene Begründung dieses Satzes in seinen verschiedenen Beziehungen.

die Quellen uns hierfür nur in der ſchwierigen l. 6 § 1 quemadmod. serv. amitt. 8, 6 einen Anhaltspunkt geben, deren richtiges Verſtändniß und allſeitige Würdigung erſt ermöglicht wird, wenn wir in der Lehre von den Wegeſervituten, von denen ſie zunächſt handelt, zu gewiſſen Reſultaten gelangt ſind, ſo müſſen wir die Beantwortung der aufgeſtellten Frage hier einſtweilen ausſetzen und behalten uns vor, ſpäter in einem Anhange auf dieſelbe zurückzukommen.

Zweites Kapitel.

Die Subjecte der Servituten.

§. 10.

Die Realservituten.

Es iſt in der Einleitung davon gehandelt worden, wie die Wege- und Waſſerleitungsſervituten allen Zeugniſſen zufolge die erſten Servitutenbidungen geweſen ſind, und wie ſie dazu beſtimmt waren, dringende Bedürfniſſe des einen Grundſtücks aus einem andern zu befriedigen. Es wird alſo bei dieſen und den ihnen nachgebildeten Servitutverhältniſſen, um eine von Natur fehlende Eigenſchaft zu erſetzen, die entſprechende Eigenſchaft eines andern Grundſtücks von dieſem loßgetrennt und die Herrſchaft darüber dem Eigenthümer jenes Grundſtücks zur Benutzung übertragen. Allein dieſer Zweck würde nur ſehr unvollkommen erreicht werden, wenn dieſes Recht, wie andere Vermögensrechte, entweder mit dem Tode erlöſchen, oder ganz unabhängig von dem Eigenthum der Sache, zu deren Vortheil es ertheilt war, auf die Erben transferirt, oder ſelbſtändig an Andere veräußert werden könnte, und ſo führte man die Auffaſſung der Servitut als eine Eigenſchaft der herrſchenden Sache ſo weit durch, daß man ihr rechtliches Schickſal wie das jeder andern natürlichen Eigenſchaft ſo eng an das der Sache anknüpfte, daß die Servitutberechtigung immer mit der Herrſchaft über die Sache verbunden war[a]). Dies iſt es, was Celſus l. 86 de V. S. 50, 16 ſagen läßt:

a) Daß man ſich gleich Anfangs bei der Entſtehung dieſes Inſtituts dieſer Richtung deſſelben bewußt geweſen ſei, iſt wieder nicht nöthig, ſondern bei der

Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.

und was die Servitut mitunter als conditio fundi[b]), oder als habitus fundi[c]) auffaſſen macht.

Das Grundſtück, um deſſentwillen die Servitut an einer andern Sache beſtellt wird, iſt alſo gleichſam der Vermittler, um deſſentwillen und mit welchem die Servitut von dem ſeitherigen Berechtigten auf den Erwerber deſſelben übergeht, und zwar einerlei, ob dieſer Erwerb des Grundſtücks auf originärem oder derivativem Wege vor ſich geht. Da ferner die Servitutbefugniß nur conſtituirt iſt, um dem ſogenannten herrſchenden Grundſtück eine Eigenſchaft zu erſetzen, ſo darf ſie auch nur geübt werden, wenn und ſoweit dies geſchieht, alſo namentlich nur, wenn der Berechtigte auch die herrſchende Sache in ſeiner Gewalt hat, ſie beſitzt, und ſo den Ertrag der Servitut mit der Benutzung der Sache in Verbindung zu ſetzen vermag. Wer darum auf Benutzung der herrſchenden Sache ein beſtimmtes Recht hat, wird der Regel nach auch auf Benutzung jener Berechtigung ein ähnliches Recht haben.

Da nun auf dieſe Weiſe eine Sache nicht nur Vermittlerin für den Erwerb der Servitut, ſondern auch Bedingung für die Ausübung, und wie wir ſpäter ſehen werden, ſogar Maßſtab für den Umfang der Berechtigung ſein muß, ſo iſt es durchgehender Sprachgebrauch geworden, die Sache ſelbſt allegoriſch als die herrſchende (praedium *dominans*) zu bezeichnen (welcher Ausdruck auch durch den Gegenſatz zur dienenden Sache, d. h. zu der mit der Servitut belaſteten begünſtigt wird), und weiter die Realſervitut als eine

---

Stetigkeit des Grundeigenthums in älterer Zeit, die auch das herrſchende Grundſtück ſtets auf die Univerſalſucceſſoren übergehen ließ, konnte es erſcheinen, als ob die Servitut, wie alle andern Vermögensobjecte auf die Erben als ſolche übergehe. Erſt in dem ſeltenen und unerwarteten Fall einer Veräußerung des herrſchenden Grundſtücks zeigte es ſich, wie das Verhältniß zu einem ganz andern werde, als das bei der Konſtituirung beabſichtigte, wenn die Befugniß bei dem ſeitherigen Innehaber oder deſſen Erben zurückbleiben könne oder müſſe, und da gelangte erſt der oben aufgeſtellte Geſichtspunkt zur bewußten Durchbildung.

b) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

c) L. 12 quemadm. serv. amit. 8, 6.

Dienstbarkeit des einen Grundstücks gegenüber dem andern, also als Herrschaft des einen über das andere aufzufassen[d]). Dies hat unsern Lehrbüchern Veranlassung gegeben, das sogenannte herrschende Grundstück in gleicher Weise als das Subject der Servitut aufzufassen, wie solches bei den Personalservituten die berechtigte Person ist, mit welcher, wie wir sehen werden, letztere Servitut ebenfalls in einem derartigen unzertrennlichen Verhältniß steht[e]). Diese Behandlung ist schon von vorneherein um so auffallender, als im „allgemeinen Theil" der Pandectenlehrbücher gesagt zu werden pflegt, Subject von Rechten könnten nur Personen sein, und das wären Menschen, anerkannte Corporationen und in gewisser Hinsicht die hereditas jacens. Gegen ältere Ansichten[f]), welche auch den Grundstücken eben mit Rücksicht auf die Realservituten Rechtssubjectivität zuerkennnen wollten, wird hier mit Recht polemisirt, und doch benutzt man diesen technisch gewordenen Ausdruck „Subject von Rechten", um ein richtiger Ansicht nach gänzlich verschiedenes Verhältniß damit zu bezeichnen. Denn die wahren Innehaber der Servitutberechtigung, die Subjecte derselben sind bei der Realservituten so gut, wie bei den Personalservituten, wirkliche Personen.

Freilich scheint gegen diese Behauptung der erwähnte so sehr häufige Sprachgebrauch zu zeugen, welcher die Realservitut als ein lediglich unter Sachen bestehendes Verhältniß darstellt[g]); allein

d) Z. B. l. 12 comm. praed. 8, 4. Quum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur, und an sehr viel andern Orten. Ferner sehr häufig die Redeform: Servitus debetur praedio z. B. in L. 6 und 21 de S. P. U. 8, 2; l. 23 § 2 und 3, l. 27, l. 34 de S. P. R. 8, 3. Aehnlich sagt Marian in l. 1 de serv. Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

e) So verfährt z. B. v. Vangerow, wenn er S. 780 die Servitut als das zum ausschließlichen Vortheil des bestimmten berechtigten Subjects gereichende dingliche Recht u. s. w. definirt. Aehnlich Puchta in seinen Pandekten § 178.

f) Von Neuem vertheidigt von Böcking, Institutionen. Bonn 1842, S. 392 und Grundriß zu Pandektenvorlesungen, Bonn 1851. S. 13.

g) Allein Scävola bezeichnet in l. 20 § 1 si serv. vind. auch das als Pertinenz mit einem Landgute verbundene Miteigenthum an einer Weide als ein *ius fundi*, als ein Recht dieses Landguts.

einmal iſt er nicht durchgehends eingehalten, ſondern es findet ſich auch die umgekehrte Auffaſſung, wie z. B. Paulus in l. 30 de S. P. U. 8, 2 ſagt:

> Si partem praedii nactus sum, *quod mihi, aut cui ego serviam,*

wo die letztern Worte in einer präciſern Redeweiſe heißen müßten, aut cuius domino praedium meum serviat. Sodann aber ward da, wo es auf eine beſtimmte und genaue Darſtellung des Rechtsverhältniſſes ankam, in den Klagformeln, nicht etwa jene Allegorie beibehalten und von dem Eigenthümer, welcher eine Realſervitut einklagte, intendirt: ius *fundo meo* est, ſondern alſo: ius *mihi* est[h]), und wenn eine Negatorienklage gegen eine angemaßte Realſervitut erhoben wurde, hieß es wieder: „ius *illi* non est tigna immissa habere“[i]), „ius *tibi* non est, parietem illum ita habere“[k]). Eben ſo wenig kann man die entgegenſtehende Anſicht auf Papinians Ausſpruch in l. 31 § 7 de negot. gest. 3, 5 gründen, wo er ſagt

> Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur;

denn einmal ſtellt grade Papinian in einer andern Stelle das Verhältniß ausdrücklich eben ſo dar, wie wir es aufgefaßt haben[l]),

h) Ulpian in l. 2 pr. si serv. vindicet. 8, 5. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui *servitutes sibi competere* contendit, negatoria domino, qui negat. Paulus in l. 9 pr. eodem Si eo loco, per quem *mihi* iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere jus *mihi* esse ire agere. Derſelbe in l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 2.

i) L. 12 si serv. vind. 8, 5.

k) L. 14 § 1 daſelbſt und ähnlich an vielen andern Stellen.

l) L. 34 pr. de S. P. R. 8, 3. Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere, nihil agit, et ideo si duo praedia, quae mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest; quamvis enim *unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedia deberent*, neque acquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit. Alſo das belaſtete Object iſt die dienende Sache ſelbſt, das Subject der Servitut aber im Gegenſatz dazu der Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks, und doch heißt es auch hier im Anfang von den beiden Grundſtücken: quae mutuo serviebant.

und dann haben dieſe Worte, wenn ſie wirklich, was bezweifelt werden kann, von der Waſſerleitungsſervitut zu Gunſten eines gemeinſamen Grundſtücks, und nicht von der auf einem ſolchen Grundſtück ruhenden Servitut oder von einem Verhältniß zu den öffentlichen Waſſerleitungen ſprechen, nur den Sinn, daß der Untheilbarkeit der Realſervitut wegen das Urtheil nicht einem Miteigenthümer allein gegenüber wirken könne, ſondern, wenn das Grundſtück als Träger und Vermittler des Rechts für ihn anerkannt ſei, daſſelbe auch allen andern Miteigenthümern gegenüber dieſe Eigenſchaft annehmen müſſe, weil ſonſt das Urtheil unausführbar ſein würde — ein Satz, der ſich auch ſonſt, wie z. B. in l. 19 si serv. vind. 8, 5, ausgeſprochen findet[m]).

Dieſe hier angeregte Frage, wer bei den Realſervituten das berechtigte Subject ſei, iſt nun aber keineswegs gleichgültig und unproductiv, ſondern manche Erſcheinungen der Servitutenlehre ſtehen mit derſelben in Zuſammenhang. Wir werden in einem folgenden Paragraphen ſehen, daß man nicht gleichzeitig Eigenthum und Servitutenrecht an derſelben Sache haben kann; wäre das herrſchende Grundſtück das berechtigte Subject, ſo könnte jener Satz nicht hindern, daß zwiſchen verſchiedenen Grundſtücken *eines* Eigenthümers Servituten beſtänden, denn Servitut und Eigenthum ſtänden ja verſchiedenen Berechtigten zu. Gleichwohl aber wird die Möglichkeit ſolches Verhältniſſes beſtimmt verneint[n]). Wäre ferner die herrſchende Sache nach römiſcher Anſchauung wirklich das Subject der Servitut

---

m) Wenn ſich **Böcking** für ſeine Anſicht auf l. 7 pr. de publ. 39, 4 beruft, wo es heißt:

> Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas convenirl, et ideo possessores . . . vectigal solvere.

ſo möchte die ſpätere Geſetzgebung durchaus nicht geeignet ſein, um nach dieſer Seite Beweiskraft für die römiſche Rechtsauffaſſung zu haben, indem ſie lediglich durch das Intereſſe des Fiskus geleitet wurde, und ſo zu dem mit den Anſichten des römiſchen Privatrechts unvereinbaren Inſtitute der Reallaſten gelangte, ja ſchließlich in dem Kolonate ſogar eine Dienſtbarkeit des Menſchen zu Gunſten eines Grundſtücks annahm. Von den römiſchen Anſchauungen entfernte ſie ſich namentlich durch den Einfluß, welchen in dieſer Beziehung die Zuſtände des größeren Theils des Reiches, der Provinzen, üben mußten, faſt gänzlich.

n) L. 30 de S. P. U. 8, 2.

und der Eigenthümer dagegen nur der Stellvertreter der Sache, so ist nicht abzusehen, warum das Recht nicht auch die Grundstücke sich verpflichten läßt, und der Eigenthümer dann auch in dieser Beziehung das Grundstück vertritt, wie z. B. Goldschmidt das wirklich angenommen hat, um zu einer servitus in faciendo zu gelangen.

Je nachdem man nun das herrschende Grundstück oder den Eigenthümer desselben als das eigentliche Subject gelten läßt, muß man auch folgenden meines Wissens in den Quellen nicht behandelten Fall verschieden beurtheilen. Der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks derelinquirt dasselbe, und ehe die Zeit verflossen ist, in welcher Servituten durch Nichtgebrauch erlöschen, occupirt ein Anderer dasselbe Grundstück. Ist nun dieses wirklich das Subject der Servitut, so wird sie auch in Zukunft dem Occupanten eben so zustehen, wie dem frühern Eigenthümer, — denn er hat ja nunmehr das Subject zu vertreten, welches durch keinen Act seine Berechtigung aufgegeben hat. Ist dagegen, wie wir annehmen, der Eigenthümer der herrschenden Sache das berechtigte Subject, so verliert die Servitut in dem Augenblicke, wo jener auf sein Eigenthum und damit auf die Ausübung der Servitut verzichtet, ihr wesentlichstes Erforderniß, ein Subject, sie geht daher unter, und die abgelößte Eigenschaft consolidirt mit der körperlichen Sache, die Servitut erlöscht für alle Zeiten.

Endlich ist es aber auch nur möglich, wenn man mit uns eine berechtigte Person als Innehaberin der Realservitut annimmt, die eigenthümlichen Bestimmungen, welche für die in Beziehung auf ein Grabmal errichtete Wegegerechtigkeit gegeben werden[o]), mit dem übrigen Rechtssystem in Einklang zu bringen. Das sepulcrum steht, nach einer durch das ganze Recht hindurchgehenden Ansicht als res religiosa in fast privatrechtlichen Eigenthum der abgeschiedenen Seelen der dort Begrabenen, der Dii Manes[p]). Es möchte kein Grund vorhanden sein, um die Möglichkeit zu leugnen, daß Servituten zu Gunsten eines solchen religiosen Grundstücks existiren konnten, sei es, daß sie bei der Gründung des Grabmals von dem Gründer demselben

o) L. 14 § 1 de serv. 8, 1 und l. 1 si serv. vind. 8, 5.
p) Gai. II, § 3–6. Cicero de legibus II, 9 § 22.

erwerben ſind, ſei es daß ſie ſchon vorher dem Grundſtück zuſtanden. Es war nur nöthig, daß ſie demſelben auch in ſeiner jetzigen Geſtalt, als Grabmal, Vortheil gewähren konnten, wie das bei den großen Bauten und ſonſtigen Anlagen auf den römiſchen Gräbern leicht möglich war, und in l. 1 de mortuo infer. 11, 8 finden wir auch eine derartige Servitut erwähnt, die einem zum Grabmal beſtimmten Grundſtück zuſtand, nämlich das Recht eine Maſchine zum Zwecke von Bauten und Reperaturen auf des Nachbars Grundſtück aufſtellen zu können. Bei dieſen Servituten mußten nun naturgemäß die Eigenthümer des Grabes, die Dii Manes, auch die Berechtigten ſein, und die Befugniß darum auch gewiſſermaßen religios ſein, ſo daß bei Verletzungen derſelben die Strafgewalt der Pontifices, die actio sepulcri violati und die für Verletzung der Gräber feſtgeſetzten außerordentlichen Strafen die Rechte der Manen ſchützen mußten.

Während dieſe Regeln aus dem eigenthümlichen Weſen der res religiosae mit Nothwendigkeit hervorzugehen ſcheinen, ſo werden uns dagegen ganz entgegengeſetzte Beſtimmungen über die Servitut, durch welche ein Weg zu einem Grabe beſtellt wird, überliefert. Paulus ſagt von ihr in l. 14 § 1 de serv., ſie bleibe der Dispoſition der Privaten unterworfen (privati juris manet), und könne daher einmal jeder Zeit zu Gunſten des Eigenthümers des dienenden Grundſtücks erlaſſen, und ferner noch conſtituirt werden, nachdem der Ort ſchon religios geworden ſei. In l. 1 si serv. vind. 8, 5 wird weiter geſagt, daß eine derartige Servitut vindicirt werden könne, obgleich das Grab nicht im Eigenthum des Berechtigten ſtehe. Der Zuſammenhang dieſer Stelle[q]) macht es unmöglich, hier eine Perſonalſervitut annehmen zu wollen, vielmehr müſſen wir, wie ſchon der gebrauchte Ausdruck *via* (ebenſo in l. 14 § 1 *iter*) wahrſcheinlich macht, eine eigentliche Realſervitut annehmen, die aber ausnahmsweiſe nicht mit dem Eigenthum einer Sache verbunden war, denn dann hätte ſie ja den Mannen zuſtehen müſſen, ſondern mit einem andern Rechte, welches trotz der Religiöſität doch immer noch an der Sache beſtehen konnte. Eine ſolche Wegegerechtigkeit hatte

q) Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt. Sepulcra autem nostri dominii non sunt; atqui viam ad sepulcrum possumus vindicare.

und der Eigenthümer dagegen nur der Stellvertreter der Sache, ſo iſt nicht abzuſehen, warum das Recht nicht auch die Grundſtücke ſich verpflichten läßt, und der Eigenthümer dann auch in dieſer Beziehung das Grundſtück vertritt, wie z. B. Goldſchmidt das wirklich angenommen hat, um zu einer servitus in faciendo zu gelangen.

Je nachdem man nun das herrſchende Grundſtück oder den Eigenthümer desſelben als das eigentliche Subject gelten läßt, muß man auch folgenden meines Wiſſens in den Quellen nicht behandelten Fall verſchieden beurtheilen. Der Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks derelinquirt daſſelbe, und ehe die Zeit verfloſſen iſt, in welcher Servituten durch Nichtgebrauch erlöſchen, occupirt ein Anderer daſſelbe Grundſtück. Iſt nun dieſes wirklich das Subject der Servitut, ſo wird ſie auch in Zukunft dem Occupanten eben ſo zuſtehen, wie dem frühern Eigenthümer, — denn er hat ja nunmehr das Subject zu vertreten, welches durch keinen Act ſeine Berechtigung aufgegeben hat. Iſt dagegen, wie wir annehmen, der Eigenthümer der herrſchenden Sache das berechtigte Subject, ſo verliert die Servitut in dem Augenblicke, wo jener auf ſein Eigenthum und damit auf die Ausübung der Servitut verzichtet, ihr weſentlichſtes Erforderniß, ein Subject, ſie geht daher unter, und die abgelößte Eigenſchaft conſolidirt mit der körperlichen Sache, die Servitut erlöſcht für alle Zeiten.

Endlich iſt es aber auch nur möglich, wenn man mit uns eine berechtigte Perſon als Innehaberin der Realſervitut annimmt, die eigenthümlichen Beſtimmungen, welche für die in Beziehung auf ein Grabmal errichtete Wegegerechtigkeit gegeben werden[o]), mit dem übrigen Rechtsſyſtem in Einklang zu bringen. Das sepulcrum ſteht, nach einer durch das ganze Recht hindurchgehenden Anſicht als res religiosa in faſt privatrechtlichen Eigenthum der abgeſchiedenen Seelen der dort Begrabenen, der Dii Manes[p]). Es möchte kein Grund vorhanden ſein, um die Möglichkeit zu leugnen, daß Servituten zu Gunſten eines ſolchen religioſen Grundſtücks exiſtiren konnten, ſei es, daß ſie bei der Gründung des Grabmals von dem Gründer demſelben

o) L. 14 § 1 de serv. 8, 1 und l. 1 si serv. vind. 8, 5.
p) Gai. II, § 3–6. Cicero de legibus II, 9 § 22.

erworben ſind, ſei es daß ſie ſchon vorher dem Grundſtück zuſtanden. Es war nur nöthig, daß ſie demſelben auch in ſeiner jetzigen Geſtalt, als Grabmal, Vortheil gewähren konnten, wie das bei den großen Bauten und ſonſtigen Anlagen auf den römiſchen Gräbern leicht möglich war, und in l. 1 de mortuo infer. 11, 8 finden wir auch eine derartige Servitut erwähnt, die einem zum Grabmal beſtimmten Grundſtück zuſtand, nämlich das Recht eine Maſchine zum Zwecke von Bauten und Reperaturen auf des Nachbars Grundſtück aufſtellen zu können. Bei dieſen Servituten mußten nun naturgemäß die Eigenthümer des Grabes, die Dii Manes, auch die Berechtigten ſein, und die Befugniß darum auch gewiſſermaßen religios ſein, ſo daß bei Verletzungen derſelben die Strafgewalt der Pontifices, die actio sepulcri violati und die für Verletzung der Gräber feſtgeſetzten außerordentlichen Strafen die Rechte der Manen ſchützen mußten.

Während dieſe Regeln aus dem eigenthümlichen Weſen der res religiosae mit Nothwendigkeit hervorzugehen ſcheinen, ſo werden uns dagegen ganz entgegengeſetzte Beſtimmungen über die Servitut, durch welche ein Weg zu einem Grabe beſtellt wird, überliefert. Paulus ſagt von ihr in l. 14 § 1 de serv., ſie bleibe der Dispoſition der Privaten unterworfen (privati juris manet), und könne daher einmal jeder Zeit zu Gunſten des Eigenthümers des dienenden Grundſtücks erlaſſen, und ferner noch conſtituirt werden, nachdem der Ort ſchon religios geworden ſei. In l. 1 si serv. vind. 8, 5 wird weiter geſagt, daß eine derartige Servitut vindicirt werden könne, obgleich das Grab nicht im Eigenthum des Berechtigten ſtehe. Der Zuſammenhang dieſer Stelle[q]) macht es unmöglich, hier eine Perſonalſervitut annehmen zu wollen, vielmehr müſſen wir, wie ſchon der gebrauchte Ausdruck *via* (ebenſo in l. 14 § 1 *iter*) wahrſcheinlich macht, eine eigentliche Realſervitut annehmen, die aber ausnahmsweiſe nicht mit dem Eigenthum einer Sache verbunden war, denn dann hätte ſie ja den Mannen zuſtehen müſſen, ſondern mit einem andern Rechte, welches trotz der Religiöſität doch immer noch an der Sache beſtehen konnte. Eine ſolche Wegegerechtigkeit hatte

q) Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt. Sepulcra autem nostri dominii non sunt; atqui viam ad sepulcrum possumus vindicare.

nämlich einen wirklichen Werth nur für die, welche das sehr häufig vorkommende und bestimmten Rechtsregeln unterworfene jus sepulcri hatten, d. h. das Recht sich oder andere in jenem Grabe beisetzen zu lassen. Sie konnten in dem Falle, wo das Grab nicht an einem öffentlichen Wege, oder an ihrem eigenen Grundstücke lag, dieses ihr Recht nur ausüben, wenn sie auch eine Wegegerechtigkeit hatten, vermöge deren sie zu dem Grabe gelangen konnten, und deren Bestellung sie bekanntlich nöthigen Falls erzwingen konnten r). Diese müssen wir, wenn gleich sie in jenen beiden von dieser Wegegerechtigkeit handelnden Stellen nicht ausdrücklich genannt werden, als die berechtigten Subjecte dieser Prädialservitut ansehen, denen die Vindication zugesprochen wird, und weiter nicht das Eigenthum an der herrschenden Sache, sondern das jus sepulcri an derselben ausnahmsweise als den Träger und Vermittler dieses Rechtes gelten lassen. Mit dem jus sepulcri hereditarium wird es daher auf die Erben und Kinder des Gründers, mit dem jus sepulcri familiare auch auf die Agnaten desselben s) übergehen t). Auf diese Weise kann nun das Grab herrschendes Grundstück für eine Wegeservitut und daneben z. B. für eine servitus protegendi sein, jene aber der Privatdisposition eines Nichteigenthümers unterworfen, diese als religios extra commercium sein, — ein Verhältniß, welches sich, wenn man die herrschende Sache selbst als das wirkliche Subject der Servituten auffaßt, nicht erklären läßt, wohl aber, wenn die Berechtigung an diese Sache nur die Trägerin ist, welche den Erwerb der Servitut durch die eigentliche Subjecte vermittelt.

Gleichwohl aber läßt sich nicht verkennen, daß in einer Beziehung das römische Recht doch der Ansicht huldigt, als stehe der herrschenden Sache selbst die Berechtigung zu, und zwar sprechen dafür durchaus die Bestimmungen, welche hinsichtlich des Verlustes durch Nichtgebrauch gelten, indem dieser nicht eintreten soll, auch

---

r) L. 12 pr. de relig. 11, 7.

s) L. 5 et l. 6 pr. de relig. 11, 7; l. 13 C. de relig. 3, 44.

t) Ueber das jus sepulcri, sowie überhaupt über die obige Auffassung der Religiosität vergleiche meine Dissertation De rebus religiosis § 11. Goettingae 1851.

wenn die Servitut nur von einem gutgläubigen, ja selbst wenn sie von einem bösgläubigen Besitzer des herrschenden Grundstücks geübt ist. Fundus enim, sagt Celsus in der betreffenden l. 12 quemadm. serv. amitt. 8, 6, qualiter se habens, ita quum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert, iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet. Also die Ausübung Seitens eines gänzlich Unberechtigten soll auf die Erhaltung der Servitut Einfluß haben, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschieht, also als ob eben dieses Grundstück das berechtigte Subject sei.

Allein das ganze Institut des Erlöschens der Servitut durch Nichtgebrauch während einer bestimmten Zeit ist keineswegs aus dem Begriff der Servitut hervorgegangen, sondern eine Concession, welche der Nützlichkeit und Rechtssicherheit Seitens der Rechtsbildung gemacht ist; hätte man da nun die stricte Forderung aufstellen wollen, die Servitut müsse vom Berechtigten geübt werden, so hätte ein zeitweiser Verlust des Besitzes des Grundstücks den Verlust aller Servituten, welche demselben zustehen, herbeiführen können. Das war eine Härte, welche man bei Einführung jenes willkürlichen Instituts des Servitutverlusts durch Nichtgebrauch nicht beabsichtigte, und man mußte in dieser Willkür inconsequent sein durch Zulassung des Satzes, daß jeder Besitzer des Grundstücks, wenn er die Servitut ausübe, sie für den wirklich Berechtigten erhalte. Ja, wie aus den weitern Worten des Celsus in jener Stelle hervorgeht, genügt es, wenn die Servitut ohne eine menschliche Thätigkeit lediglich durch Naturkräfte geübt wird, z. B. das Wasser, auf welches das Nachbargrundstück ein Recht hat, von selbst in Folge der einmal hergestellten Leitung auf dasselbe fließt.

Es können nicht nur Wege- und Wassergerechtigkeiten, sondern diesen nachgebildet auch eine unendliche Zahl anderer Servituten die Ergänzung einer fehlenden Eigenschaft der einer Sache aus den Eigenschaften der andern zum Zwecke haben und demnach mit jener herrschenden Sache untrennbar verbunden sein; allein sie setzen, damit jener Zweck erreicht werden kann, ein unveränderliches factisches Verhältniß zweier Sachen voraus, wie solches nur zwischen Grundstücken möglich ist, wo die Natur selbst jede Entfernung und Trennung unmöglich macht. Deßhalb sind die Realservituten,

d. h. die Servituten, wo um jene Sprachweiſe zu brauchen, res rei servit, immer auch Prädialſervituten[u]).

§. 11.

Fortſetzung. Verhältniß der Realſervituten gegenüber von Aenderungen im Eigenthum der herrſchenden Sache.

Berechtigtes Subject iſt für die Realſervituten alſo ſtets der Eigenthümer der herrſchenden Sache[a]), wie immer er das Eigenthum auch erworben haben mag. Abgeſehen von dem Falle, wo der Servitutberechtigte die herrſchende Sache erwirbt, wird der Beſtand der Servitut daher durch keine Veränderung in dem Eigenthum derſelben alterirt, ſo lange nur ein Eigenthümer vorhanden iſt. So namentlich nicht durch Uebergang an den Staat[b]), Erbgang[c]), Uſucapion[d]), oder Verkauf[e]), und hinſichtlich des letzteren findet ſich ſogar in l. 66 § 1 de contr. emt. 18, 1 von Pomponius die auffallende Meinung ausgeſprochen, daß, wenn der Verkäufer wiſſentlich Servituten, welche der verkauften Sache zuſtanden, beim Verkaufe verſchwiegen hat, und dadurch der Käufer dieſe, weil er ſie die beſtimmte Zeit nicht übte, verloren hat, er gegen jenen die Kaufklage wegen Argliſt anſtellen könne. Da nun aber auch andere Gründe den Verkäufer zu ſeinem Verhalten veranlaſſen konnten, und er z. B. ſchwieg, weil er glaubte, der Eigenthümer kenne die Servitut, ſo iſt jene Entſcheidung des Pomponius wohl auf die Fälle zu beſchränken, wo eben wirklich Dolus das einzige Motiv war. Geht das Eigenthum der herrſchenden Sache zu ideellen Theilen auf

---

u) § 3 J. de serv. II. 3; l. 1 § 1 comm. praed. 8, 4.

a) L. 1 si serv. vind. 8, 5.

b) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

c) L. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 20 § 1 de acquir. rer. domin. 41, 1.

d) L. 10 § 1 de usurpat. et usuc. 41, 3.

e) L. 47 und 48 de contr. emt. 18, 1; l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 3.

mehrere Eigenthümer über, so geht auch die Servitutberechtigung in gleichem Theilungsverhältniß auf dieselben über[f]).

Die Grenzen des herrschenden Grundstücks können nun ferner auf dieselbe Weise, wie die des dienenden, verschieden sein von denen, welche das in einem Eigenthum stehende Grundstück umschließen, indem möglicher Weise nur für einen Theil des letzteren die Servitut bestellt sein kann[g]). Dagegen ist es nicht möglich, daß von Anfang an zu Gunsten mehrerer Grundstücke verschiedener Eigenthümer eine einzige Servitut bestellt wird, so daß diese, welche hinsichtlich des Eigenthums unabhängig von einander und selbständig dastehen, hinsichtlich der Servitut in eine Art von Communiousverhältniß zu einander treten. Wäre ein solches Verhältniß zulässig, so würde die Realservitut ihr wesentliches Requisit, Vereinigung mit einer herrschenden Sache, verloren haben, indem ihr Subject dann der Complex der mehreren Eigenthümer wäre, während die herrschende Sache in allen ihren Theilen in dem Eigenthum von Einzelnen stände. Demgemäß wird denn auch eine derartige Servitutbestellung in unsern Quellen nirgends erwähnt, vielmehr z. B. da, wo mehrere eine Wegegerechtigkeit an ein und demselben Wege haben, ausdrücklich gesagt, sie stünden in keiner Communion[h]), und werden mehrere neben einander bestehende selbständige Realservituten, wie in allen ähnlichen Fällen, angenommen.

Hieraus ergiebt sich nun schon, wie das Recht, wenn es nicht in Folge einer körperlichen Theilung der herrschenden Sache eine solche Trennung der Servitut von seinem Träger annehmen und beide fortan verschiedenen Innehabern zuweisen wollte (die Servitut der Gesammtheit der Theilhaber — das herrschende Grundstück seinen einzelnen Eigenthümern), nothwendig dahin gelangen mußte, hier auch in der Art eine Theilung der Servitut zuzulassen, daß fortan jeder der Eigenthümer eines Theils auch eine selbständige Servitut erhalte, die er unabhängig von den andren Eigenthümern zum Vortheil seines Grundstücks ausüben könne. So sagt denn auch Celsus in l. 6 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6, es solle

f) L. 23 §. 3. de S. P. R. 8, 3.
g) L. 6 § 1 comm. praed. 8, 4.
h) L. 19 § 2 comm. divid. 10, 3.

bei Theilung des herrſchenden Grundſtücks ſo angeſehen werden, als ob von vorne herein die Servitut den mehreren Grundſtücken beſtellt ſei, und darum ſolle für jeden Theil eine beſondere Verjährungszeit laufen, zumal da dadurch die Lage des dienenden Grundſtücks nur beſſer werde, indem jetzt der Gebrauch der Servitut Seitens eines Eigenthümers dieſelbe nicht mehr für die andern Theile des Grundſtücks zu erhalten vermöge [i]).

• So einfach dieſes Prinzip auch erſcheint, bietet es in der Anwendung doch ſehr viele Schwierigkeiten. Zuerſt nämlich, wenn die Servitut auch allen den jetzt getrennten Theilen zuſteht, wird ſie doch nicht immer ſofort auch für alle ausgeübt werden können. Denn da jetzt zwiſchen den entfernter gelegenen Theilen und dem dienenden Grundſtück die unmittelbar an dieſes ſtoßenden Theile liegen können, wird es nöthig ſein, wenn die Servitut ihrem Weſen nach überhaupt von einem ſolchen entfernteren Grundſtück ausgeübt werden kann, oder für daſſelbe noch Intereſſe hat, daß dieſe die Ausübung nicht unterbrechen, beziehungsweiſe die Vornahme der nöthigen Handlung dulden müſſen. Dies wird dauernd nur erreicht werden, wenn ihnen bei der Theilung eine dahin zielende Servitut auferlegt iſt [k]). Sodann iſt die Art und Weiſe der Theilung einer Servitutbefugniß keineswegs ſchon von ſelbſt gegeben, vielmehr iſt ſie meiſtentheils, da die Servitut etwas Untheilbares, eine Handlung, gewährt, von Natur ſelbſt untheilbar. Denn z. B. das Recht über ein Grundſtück zu gehen kann nicht zweien ſo zuſtehen, daß jeder halb geht, ſondern der Act des Gehens kann nur von einem Einzelnen vorgenommen werden. Das Recht hat hier aber dadurch geholfen, daß es nicht ſowohl die einzelne Handlung theilt, ſondern die mehreren gleichzeitigen oder ſucceſſiven Handlungen, zu denen die Servitut berechtigt, als das zu theilende Object auffaßt, und den einzelnen Theilhabern eine entſprechende Quote derſelben zuweiſt. Wie ſich das in den einzelnen Fällen geſtalten muß, darüber laſſen

---

i) Die eigenthümliche Entſcheidung von Paulus in l. 49 § 1 ad leg. Falc. 35, 2, welche faſt eine Untheilbarkeit der Servituten auch in dieſer Beziehung anzunehmen ſcheint, wird beſſer unten in der Lehre von der Errichtung der Servituten beſprochen werden.

k) L 23 § 3 de S. P. R. 8, 3.

ſich wenig allgemeine Regeln geben, zumal da das Ermeſſen des Richters weiten Spielraum hat; hier nur Folgendes:

Bei negativen Servituten ſtellt ſich die Sache am einfachſten; die Handlung, welche der Eigenthümer des ganzen Grundſtücks ſeither verhindern konnte, darf auch jetzt nicht vorgenommen werden, und jeder der Eigenthümer der Theile hat darauf denſelben Anſpruch und dieſelbe Befugniß zum Verbieten, alſo ein Recht von gleichem Umfang, wie es früher die Eigenthümer des geſammten Grundſtücks hatten. Hierin zeigt ſich wieder die oben beſprochene eigenthümliche Natur der negativen Servituten. — Im Uebrigen muß aber der Grundſatz bei der Theilung niemals aus den Augen geſetzt werden: es darf die Laſt des dienenden Grundſtücks durch dieſelbe niemals größer werden, als ſie früher war. Wo darum der Umfang der Servitutbefugniß allein nach dem Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks bemeſſen wird, möchte regelmäßig auch wieder das Bedürfniß der einzelnen Theile fortan der Maßſtab für den Umfang ſein, indem meiſtens die einzelnen kein größeres Bedürfniß haben werden, als das Ganze, aus dem ſie entſtanden ſind. So wird z. B. eine ſolche unbeſchränkte Waſſerleitungsſervitut von jedem Innhaber eines Theils auch wieder unbeſchränkt benutzt werden können. Bei andern Servituten wird das Bedürfniß des ungetheilten Grundſtücks zwar geringer geweſen ſein, als das der Theile, aber dieſes Bedürfniß läßt ſich ſchwer fixieren und die Ausübung Seitens der einzelnen Theile ſchwer kürzen; auch wird ein häufigerer Gebrauch das Intereſſe des Grundſtücks kaum mehr verletzen, als ein ſeltener, indem z. B. die Beſchwerde nur in Duldung der Vorrichtung beruht, und dieſe dieſelbe iſt, mag ſie wenig oder oft gebraucht werden, und darum wird auch in ſolchen Fällen die Ausübung Seitens der Theile ſich auch allein nach dem Bedürfniß derſelben richten. So verhält es ſich z. B. bei Wegeſervituten. Zu den einzelnen Theilen werden häufig mehr Perſonen gehen als dorthin gingen, wie das Grundſtück noch ein ganzes, nur von Einem beſtelltes oder von Einer Familie bewohntes war; allein es läßt ſich nicht beſtimmen, wie viel Gänge zur gehörigen Benutzung des ganzen Grundſtücks nöthig ſind, und daher läßt ſich der jetzige Mehrgebrauch nicht auf eine beſtimmte Zahl von Gängen angeben, und eben ſo wenig der Gebrauch Seitens der einzelnen Theilhaber um eine beſtimmte Anzahl Gänge kürzen.

Auch iſt es da, wo das dienende Grundſtück einen beſtimmten Weg zu beſtellen hat, der zu keinem andern Zweck benutzt werden kann, für das juriſtiſche Intereſſe des Eigenthümers faſt gleichgültig, ob derſelbe von vielen oder wenigen, ob er oft oder ſelten benutzt wird.

In andern Fällen wird das Bedürfniß eines Grundſtücks ſich wenigſtens annäherungsweiſe ein für alle mal feſt beſtimmen und auf Zahlen reducieren laſſen, und da kann es vorkommen, daß durch die Theilung des Grundſtücks das Bedürfniß ſehr geſteigert, ja verdoppelt werden kann. Hat z. B. ein Landgut das Recht, das für ſein Bedürfniß nöthige Bauholz in einem Wald fällen zu laſſen, und nun wird daſſelbe zerſchlagen, und auf jedem Theile entſteht eine beſondere Wirthſchaft mit beſondern Gebäuden und beſonderm Bauholzbedarf, ſo wird nur die Nutzung zu ziehen ſein, welche vor der Theilung aus der Servitut gezogen werden konnte, und dieſe wird daher unter die einzelnen Theile des Grundſtücks zu vertheilen ſein. Dies muß in derſelben Weiſe geſchehen wie in den Fällen, wo von Anfang an nicht das Bedürfniß des Berechtigten, ſondern irgend ein anderes Maaß den Umfang beſtimmt hat. In Beziehung hierauf verordnet Pomponius in l. 25 de S. P. R. 8, 3 für einen Fall, wo jemand das Recht hat, eine beſtimmte Quantität Waſſer zu leiten, daß die Theilung dieſes Waſſers lediglich nach dem Größenverhältniß der einzelnen Theile geſchehen ſolle und zwar ohne Rückſicht darauf, daß um eines beſtimmten Theiles willen die Waſſerleitung eingerichtet, oder für einen das Waſſer beſonders nöthig oder vortheilhaft, oder ſeitdem allein geübt ſei. Es verſteht ſich, daß dieſe Entſcheidung vorausſetzt, daß trotz jener Umſtände doch alle Theile wirklich zu dem herrſchenden Grundſtück gehören, und die Servitut nicht ausſchließlich für jene Theile beſtellt iſt, für welche ſie benutzt iſt. Unter dieſer Vorausſetzung hat die Entſcheidung des Pomponius den Vortheil, daß ſie die bei Berückſichtigung aller jener factiſchen Verhältniſſe nothwendig entſtehenden unendlichen Streitigkeiten abſchneidet und uns ein beſtimmtes Princip an die Hand giebt. Dieſes wird ſich auch überall als leicht anwendbar, ja als billig erweiſen, wenn man nur immer, wir wiederholen es, jene Theile, für welche die Servitut ihrem Weſen nach gar nicht beſtellt werden konnte, als nicht zu der herrſchenden Sache gehörig bei der Berechnung außer Acht läßt.

In dem in der citirten l. 25 de S. P. R. behandelten Falle, war die herrschende Sache ein fundus, also dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß ein praedium rusticum, ein zum Ackerbau bestimmtes Grundstück. Da muß denn für jeden Theil desselben, zumal unter italischem Himmel eine Wasserleitung möglicher Weise Vortheil gewähren, und ist darum allgemein diesem fundus eine darauf zielende Servitut bestellt, so gelten im Zweifel alle Theile dieses Ackers als zur herrschenden Sache gehörig und erhalten bei der Theilung ihre Quote. Wäre nun aber die Servitut allgemein einem größern Gute bestellt, in welchem sich z. B. auch ein stehender See, Waldungen, Steinbrüche u. s. w. befänden, also Sachen, für welche die Wasserleitungsservitut nie gebraucht werden könnte, und nun würde dieses Gut in der Art getheilt, daß der See ausgeschieden und veräußert würde, so darf man nicht annehmen, der Erwerber desselben erhalte eine Quote der für das ganze Gut bestellten Servitut, — da er diese aber wegen mangelnden Nutzens nicht ausüben könne, so erlösche diese Quote, und um diese sei also die dem übrigen Gute zustehende Servitut kleiner geworden. Diese Folgerung ist vielmehr unrichtig, weil der Servitut gegenüber das Gut, welchem sie constituirt ist, nur aus den Theilen besteht, welche möglicher Weise Vortheil davon haben können. Dies wird z. B. namentlich gelten bei Theilung eines Guts, dem Weideservituten zustehen.

Es frägt sich aber, ob nicht die Eigenthümer des herrschenden Grundstücks von dem Princip, daß die Servitut nach Maßgabe der bei der Theilung der herrschenden Sache eingehaltenen Quoten zu theilen sei, nach Belieben abweichen und in dem Theilungsacte auch über die Art und Weise der Ausübung der zu dem getheilten Grundstück gehörigen Realservituten ihre Dispositionen treffen können, wie z. B. dem einen Theile des Grundstücks die ganze Servitut überlassen, dagegen dem andren sie ganz nehmen. Man [1]) hat dies mit Rücksicht auf den Satz: Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest [m]) bejahen wollen; allein dieser Satz beweist nur die eine Richtung jener Behauptung, daß einem Theil des Grundstücks die Servitut durch den Willen

1) Z. B. Gesterding, Nachforschungen B. VII Abh. I S. 12.
m) L. 6 de serv. 8, 1.

aller Eigenthümer entzogen werden kann, nicht auch die andere, daß dieſe entzogene Servitut einem andern Theil auferlegt werden kann, vielmehr würde das unter den Begriff einer Veräußerung, einer Lostrennung der Realſervitut von ihrem herrſchenden Grundſtück fallen und möchte darum unzuläſſig ſein. Aber auch der Richter wird bei erhobenem gerichtlichen Theilungsverfahren nicht die Befugniß haben, durch Adjudication einen größern Theil der Servitut einem Theile des herrſchenden Grundſtücks zuzuſprechen, als ſolchem nach dem obigen Prinzip zukommt. Denn wie groß auch immer die Machtvollkommenheit des Richters im Theilungsverfahren iſt, ſo kann er doch nur ſolche Anordnungen treffen, welche die ſtreitenden Parteien auch möglicher Weiſe durch eigenes Uebereinkommen erreichen konnten, nicht aber ſolche, welche, wie das hier der Fall wäre, in die Rechtsſphäre dritter Perſonen, in die Lage des dienenden Grundſtücks eingreifen. Denn da nun jeder dieſer Theile ſelbſtändig durch Nichtgebrauch erlöſchen kann, ſo kann es für das dienende Grundſtück wohl von Wichtigkeit ſein, wie groß der Umfang jeder der mehreren Servitutbefugniſſe iſt. Nur die Art und Weiſe, wie jeder den ihm ipso jure mit einem Theil des Grundſtücks zufallenden Theil der Servitut auszuüben hat, muß im Theilungsverfahren geregelt, und alſo beſtimmt werden, wie z. B. eine dem Ganzen zuſtehende Waſſerleitung nun von dem einzelnen Theilhaber innerhalb beſtimmter Zeitabſchnitte oder nach einem andern Maaße zu benutzen iſt[o]).

So wird denn auch das Verhältniß in l. 10 §. 4 comm. dividundo 10, 3 von Paulus dargeſtellt[p]). Labeo hat allgemein

---

o) In l. 10 § 1 comm. divid. wird freilich dem Richter eine viel weiter gehende Befugniß zugeſtanden, indem er bei Regulirung des Verhältniſſes zwiſchen mehreren Uſuarien dem einen den ganzen Uſus zuſprechen und den andern in Geld entſchädigen laſſen kann, allein dies wird ausdrücklich als eine Ausnahme hingeſtellt. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, — quia hoc propter necessitatem fit.

p) Aquarum iter in iudicium communi dividundo non venire, Labeo ait; nam aut ipsius fundi est, et ideo in iudicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus. Sed possunt iura interdum et separata a fundo esse, et nec mensura, nec temporibus divisa, veluti quum is, cuius fuerunt, plures heredes reliquit. Quod quum accidit, consentaneum est, et ea in arbitrio familiae

behauptet, eine Waſſerleitung könnte niemals ſelbſtändig Gegenſtand der Erörterung im gerichtlichen Theilungsverfahren ſein; denn entweder ſei ſie ein Theil des Grundſtücks, ſo daß wenn die dienende Sache getheilt wird, die Laſt von ſelbſt dem obliegt, welcher den betreffenden von der Waſſerleitung berührten Theil erhält, oder ſie ſei nicht ein körperlicher Theil des Grundſtücks, ſie liege nicht auf dieſem, ſei von ihm getrennt, das heißt, ſie ſtehe dem zu theilenden Grundſtück als Realſervitut zu, da von ihr ſonſt hier gar nicht die Rede ſein könnte; dann wird das allgemein für Theilung der Servituten geltende Princip in Wirkung treten und die Servitut ſpaltet ſich, ſie wird nach Zeit oder Maaß getheilt den verſchiedenen Intereſſenten zufallen. Labeo hat bei dieſem Ausſpruche eben im Auge, daß der Richter doch jenes Princip nicht umſtoßen, nicht einem Theil etwa alle Vortheile zuwenden könne u. ſ. w. Paulus macht nun aber hierzu den Zuſatz, dieſe Theilung der Ausübung nach Zeit oder Maaß ſei doch noch nicht damit von ſelbſt geſchehen, daß das herrſchende Grundſtück getheilt ſei, ſo namentlich nicht, wenn z. B. der ſeitherige alleinige Eigenthümer deſſelben mehrere Erben hinterlaſſen habe. Hier müßte in dem iudicium familiae herciscundae, wo das herrſchende Grundſtück getheilt werde, Rückſicht auf die Ausübung der Servitut genommen werden, und ebenſo beim judicium communi dividundi, und darum eine Theilung nach Zeit oder Maaß vor ſich gehen. Deßhalb kann ja auch dann, wenn die etwa unterlaſſen iſt, wie wir früher ſchon erwähnten, ein utile iudicium communi dividundo lediglich zu dem Zwecke der Regelung der Ausübung derartiger Servituten, die an einer und derſelben Sache beſtehen, erhoben werden.

Nach dieſer Auffaſſung möchte die von dem ſonſt ſo ſcharfſichtigen Labeo aufgeſtellte Behauptung nicht ſo ganz aus der Luft gegriffen und haltungsloß ſein, wie man ſie von anderer Seite hat darſtellen wollen, und wir brauchen daher nicht mit Schrader[q]) zur Entſchuldigung derſelben rechtsgeſchichtliche Vermuthungen zu

---

erciscundae venire; nec videre, inquit Pomponius, qua re minus in communi dividundo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura, aut temporibus dividantur.

q) Civilrechtliche Abhandlungen S. 309.

Hülfe zu nehmen. Derſelbe folgert nämlich aus dieſer Stelle, die Servitut ſei in älterer Zeit bei Zertheilung des herrſchenden Grundſtücks gar nicht getheilt, ſondern die Ausübung habe nur durch Vereinigung aller Berechtigten vor ſich gehen können. Eine derartige Auffaſſung ſteht, wie wir oben zeigten, mit dem Weſen der Realſervituten in Widerſpruch, und wenn ſie überhaupt je gegolten haben ſollte, ſo hat ſie gewiß frühe einem geläuterten Rechtsbegriffe Platz gemacht.

Wenn nach der ſeitherigen Darſtellung jeder Eigenthümer die Servitut beanſpruchen kann, ſo folgt daraus ſchon, daß der Pfandgläubiger, wie er eine rei vindicatio utilis hat, um ſein Recht zur Veräußerung der körperlichen Sache durchzuſetzen, ſo auch eine vindicatio servitutis utilis haben muß [r]), um hinſichtlich der Servituten, welche der verpfändeten Sache zuſtehen, und welche, da ſie auf jeden Erwerber der Sache übergehen, auch mit dieſer nothwendig veräußert werden müſſen, ſein dadurch herbeigeführtes Veräußerungsrecht, falls es beſtritten wird, zur Anerkennung zu bringen. Hat er zugleich das herrſchende Grundſtück als Fauſtpfand inne, ſo hat er einen Anſpruch darauf, daſſelbe in ſeinem ganzen Umfange zu beſitzen, und dazu gehören auch die durch Servitutbeſtellung künſtlich erzeugten Eigenſchaften deſſelben [s]).

Aus dem Umſtande, daß die Realſervitut als Qualität der herrſchenden Sache aufgefaßt wird und darum mit dieſer untrennbar verbunden iſt, folgt weiter, daß ſie auch in der Hinſicht das Schickſal derſelben theilt, daß wer einen dinglichen Anſpruch auf Benutzung des herrſchenden Grundſtücks hat, auch einen ähnlichen Anſpruch auf Benutzung der Servitut machen kann, jedoch nur ſoweit, als zur Gewinnung der ihm geſtatteten Nutzung die Ausübung der Servitut beitragen kann. In unſern Quellen wird ein Recht auf die Servituten ausdrücklich zugeſprochen dem Innehaber einer Emphyteuſis [t]) und dem Uſufructuar [u]); es unterliegt aber keinem Zweifel, daß der Superficiar hierin gleich ſteht, ſowie auch der Uſuar, wenn

r) L. 16 de serv. 8, 1; l. 9 de oper. novi nunt. 39, 1.

s) L. 1 § 5 de remission. 43, 25.

t) L. 16 de serv. 8, 1.

u) L. 1 pr. l. 5 de usufr. 7, 6.

nur die Servitut eine Befugniß verleiht, welche innerhalb der dem Usuar zustehenden Berechtigung fällt. So kann er z. B. das Recht beanspruchen, auf den Wegen zu gehen, die zu dem im usus stehenden Grundstück führen, mögen sie auch erst durch Servitutbestellung diesem erworben sein; dngegen kann er, wenn er überall das Recht nicht hat, Vieh auf dem Grundstück zu halten, auch nicht die Weidegerechtigkeiten auf andern Grundstücken in Anspruch nehmen. Eine gleiche Grenze wird es aber auch für den Usufructuar geben, indem er z. B., da ihm alle größere Veränderungen der Gebäude untersagt sind, nicht eine Servitut beanspruchen kann, vermöge deren man eine Maschine auf des Nachbars Grundstück aufstellen darf, die bei größeren Bauarbeiten, aber auch nur bei solchen gebraucht wird[v]). Diesem analog möchte ferner jedem Servitutberechtigten ein Anspruch auf Theilnahme an der Ausübung derjenigen Servituten zustehen, welche dem ihm dienenden Grundstück angehören, nur immer vorausgesetzt, daß die ihm durch die Servitut verliehene Befugniß die Benutzung auch dieser Eigenschaft der ihm dienenden Sache nöthig macht. Wer z. B. die servitus arenae fodiendae hat, bedarf eines Wegs, um zu dem Lagerungsort des Sandes zu kommen, und um den gewonnenen Sand abzufahren, und kann daher die dem Grundstück zustehende Wegegerechtigkeit zu diesem Zweck ausüben. Nur ist erforderlich, daß die Servitut nicht so beschränkt constituirt ist, daß sie etwa, wie das möglich wäre, ausschließlich nur von der Person des jedesmaligen Eigenthümers ausgeübt werden könnte, sondern daß die Eigenschaft so allgemein der Sache erworben ist, daß sie einer weitern Benutzung eines jeden fähig ist, der sie nomine fundi dominantis vornimmt.

Hinsichtlich des Emphyteuten werden wir unten [§ 34] den Nachweis zu führen suchen, wie er für die Dauer der Emphyteusis alleiniger Innehaber der Herrschaft über den Körper der emphyteutischen Sache ist, und demnach wird er auch so lange der ausschließlich Berechtigte für die dieser Sache zustehenden Realservituten sein, zu deren Schutz er dieselbe Klage, welche sonst der Eigenthümer hat, als eine actio utilis anstellen kann[w]). Anders verhält es sich

v) Eine derartige Servitut wird erwähnt in l. 1 § 8 de mortuo inf. 11, 8.
w) L. 16 de serv. 8, 1.

dagegen hinſichtlich derer, die an der herrſchenden Sache nur einen Uſusfruct oder eine ſonſtige Servitut haben. Denn ihrer ungeachtet bleibt das Recht des Eigenthümers auf die an ſeine Sache geknüpften Servituten völlig in Kraft, nur daß er in der Ausübung ſoweit beſchränkt iſt, als dadurch das Recht jener auf die ihnen mitüberlaſſenen künſtlichen Eigenſchaften der Sache beeinträchtigt wird. Er hat darum auch nach wie vor ſeine Servitutenklage, während jene, wenn ſie an Ausübung ſolcher Realſervituten behindert werden, welche mit der ihnen dienenden Sache verbunden ſind, und auf die ſie nach dem Obigen einen Anſpruch haben, ihre aus dem Uſusfruct oder der ihnen zunächſt zuſtehenden Servitut fließenden Klage als actio directa wegen Verletzung ihrer Servitutbefugniß anſtellen müſſen[x]). Wichtige praktiſche Folgen dieſer verſchiedenen Behandlungsweiſe werden wir im § 34 erwähnen.

§. 12.

Die Perſonalſervituten.

Wir haben ſchon in der Einleitung den Uſusfruct als die erſte Bildung auf dem Gebiete der Perſonalſervituten dargeſtellt und den Entſtehungsgrund deſſelben darin gefunden, daß es häufig wünſchenswerth war, für die Lebensdauer einer Perſon ein Verhältniß herzuſtellen, welches ihr die factiſchen Vortheile des Eigenthums gewährte, ohne daß ihr darum dies ganz zufiel und andern entzogen wurde. Ein weſentliches Merkmal dieſer Servitut iſt daher die Beendigung derſelben durch den Tod des Berechtigten, und darin folgen ihr denn auch alle andere Servituten, welche nicht Realſervituten ſind[a]), und unterſcheiden ſich dadurch von faſt allen Vermögensrechten. Sie ſtehen nur der phyſiſchen Perſon, nicht dem mit derſelben verknüpften, aber über deren Leben hinaus fortdauernden Vermögen zu. Eine nothwendige Folge iſt denn, daß niemand über eine ihm zuſtehende Perſonalſervitut für die Zeit nach ſeinem Tode verfügen kann[b]).

x) L. 1 pr. l. 5 § 1 si usufr. petatur 7, 6.

a) Ob und wie weit dies auf Grund der l. 2 de usufr. legato 33, 2 für die Servitut der operae servorum eine Ausnahme erleidet, wird unten in dem beſondern Abſchnitt über dieſe Servitut näher zu beſprechen ſein.

b) L. 24 § 1 de leg. l. 30.

Die Perſonalſervituten haben alſo immer von vorne herein den Todeskeim ſo in ſich, daß man ihren Untergang ſtets ſchon bei ihrer Errichtung vorausſehen kann, und deßhalb gewöhnten ſich die Römer daran, dieſe Rechte ganz abweichend von faſt allen andern Rechten als etwas Vorübergehendes anzuſehen, das ſtets ja nur einen von vorne herein begrenzten Zeitraum dauern werde. Hieraus iſt es meiſtens zu erklären, wenn für die Perſonalſervituten, auch abgeſehen von jenem Erlöſchen beim Tode des Berechtigten, eine Reihe von Endigungsarten exiſtieren, welche den Realſervituten fremd geblieben ſind. Auf der andern Seite hat hierzu aber auch eine im Römiſchen Recht nie ganz untergangene Auffaſſungsweiſe mitgewirkt, vermöge deren die Perſonalſervituten mehr ein Product der Willkühr ſind und darum auch viel weniger begünſtigt werden dürfen, als die Realſervituten[e]), trotzdem daß von dieſen doch auch nur die älteſten aus einer innern Nothwendigkeit oder einem dringenden Bedürfniß hervorgegangen ſind. Allein gerade an dieſen älteren Bildungen hatte ſich die Theorie der Realſervituten entwickelt und wurde dann auf alle Arten gleichmäßig angewandt.

Da nun die Dauer der ganzen Perſonalſervitut durch die Lebensdauer des Berechtigten beſtimmt wird, ſo folgt daraus, daß der Inhalt einer jeden Perſonalſervitut von der Individualität deſſelben abhängig iſt, und weiter, daß ſie, wenn ſie von dieſer gänzlich getrennt auf gleiche Weiſe an die Perſon eines andern Berechtigten geknüpft werden könnte, zu einem ganz andern Rechte werden müßte, und ſolches daher auch nur unter denſelben Bedingungen und Formen geſchehen kann, wie ſie zur erſten Conſtituirung eines derartigen Rechts erfordert werden. Nur für den Fall, wo ein Hausſohn einen Uſusfruct erworben hat, iſt durch Juſtinian in l. 17 C. de usufr. 3, 33 eine abweichende Regel aufgeſtellt.

Es war nämlich eine alte Streitfrage der klaſſiſchen Jurisprudenz, ob in dieſem Falle, und in dem, wo ein Sklave eine ſolche Servitut erworben hatte, nur beim Tode und bei der hier gleich

e) So wird z. B. in l. 20 § 2 de S. P. U. 8, 2 von Paulus auseinandergeſetzt, wie in einem Falle unter denſelben Vorausſetzungen eine Realſervitut nicht erlöſche, wohl aber ein Uſusfruct, „nam alioquin, si quid strictius interpretatur“.

wirksamen capitis deminutio des eigentlich berechtigten Vaters oder Herrn die Servitut erlösche, oder ob auch aus der Person des Haussohns oder des Sklaven, welcher dieselbe erworben hatte, die Endigungsgründe eintreten könnten[d]). Justinian bestimmt nun, daß weder irgend eine Capitis Deminution des Sohnes, nach dessen Tod die Servitut dem Vater entziehen solle, und ebenso dem Herrn weder der Tod noch die Freilassung oder Veräußerung des Sklaven. Während also nach dieser Entscheidung der Vater als der ausschließlich Berechtigte gilt, und consequent demnach auch die Servitut mit seinem Tode oder seiner Capitis Deminution erlöschen müßte, soll doch, wie Justinian weiter vorschreibt, dies nicht der Fall sein, sondern dieselbe in solchem Falle beim Sohne fortdauern, auch wenn er nicht der Erbe des Vaters ist. Als Grund dafür wird angegeben, daß es meistens wahrscheinlich sei, daß der Testator die Servitut mehr aus Rücksicht für den Sohn als für den Vater hinterlassen habe. Diese Begründung zeigt, daß Justinian besonders an den Fall der testamentarischen Errichtung einer Personalservitut gedacht hat, wo sie nach sonstigen Grundsätzen dem Peculium adventitium des Sohnes zufallen mußte, und demnach bezweckt diese Entscheidung die Herstellung eines Verhältnisses, das dem Resultat nach mit dem übereinstimmt, welches hinsichtlich der übrigen Sachen des Peculium adventitium besteht: der Vater bezieht Zeit Lebens die Nutzungen, dem Sohne wird aber die von ihm erworbene Sache reserviert[e]). Das Anomalische des Verhältnisses liegt dann nur darin, daß der Ususfruct auch über die Lebenszeit des Sohnes fortdauert und dann ganz als ein Ususfruct des Vaters erscheinen kann; allein diese Anomalie ist daraus hervorgegangen, daß Justinian, wie er im Anfang seiner l. 17 sagt, zunächst die aus den Sabinianischen Büchern überlieferte Controverse entscheiden wollte, und nun diesen alten Streit, der zur Voraussetzung hatte, daß der Hausſohn nichts für sich erwerben konnte, mit der Entwicklung des neuern Peculienrechts in Verbindung brachte.

Gerade dieser Vermischung wegen und bei der so allgemein gehaltenen Fassung des dispositiven Theils dieser Constitution müssen

---

d) Hierauf beziehen sich Fragm. Vat. § 57; l. 5 § 1, l. 18 quib. modis usuf. 7, 4; l. 15 C. de usufr. 3, 33.

e) Vgl. unten § 28 a. E.

wir die obigen Vorschriften auch auf solche Fälle anwenden, wo der Hanssohn auf eine andere Weise als durch letztwillige Verfügung eine Personalservitut erworben hat, ja selbst, wenn dieser Erwerb ex re patris oder ex operis filii geschehen und also ein besonderes Anrecht des erwerbenden Sohnes nach allgemeinen Grundsätzen nicht anzunehmen wäre f). Nur wo dieser als ein gewöhnlicher Stellvertreter erscheint, wird eine Ausnahme zu machen sein, und ebenso nach der andern Seite hin da, wo der Erwerb für das castrensische oder quasicastrensische Peculium geschieht.

Das ganze Gesetz Justinians kann aber nur die Absicht haben, Interpretationsregeln für diese Fälle aufzustellen, und die Constituenten können daher durch ausdrückliche Willenserklärung die Dauer der Personalservitut auch anders normieren. Denn wie später ausgeführt werden wird, hat jede beigefügte Zeitbestimmung oder Resolutivbedingung völlige Kraft, und deßhalb kann denn auch bestimmt werden, daß der Vater den Ususfruct nur solange haben solle, als der Sohn lebe, oder nicht emancipirt sei, und der Herr nur solange, als der Sklave nicht verkauft sei u. s. w.

Der unmittelbare Zusammenhang der Personalservituten mit dem physischen Menschen auf dessen Sterblichkeit ja das ganze Institut von vorne herein basirt ist, läßt erkennen, wie die Zulassung desselben für juristische Personen keineswegs schon eine nothwendige Folge der Rechtsfähigkeit dieser letztern ist. Eine Erwerbung von Personalservituten durch Geschäfte unter Lebenden war denn auch Anfangs für sie unmöglich, weil die dazu nöthige Form für sie unanwendbar war, indem sie durch ihre Sklaven keine in jure cessio vornehmen konnten g); wohl aber scheint es, daß sie, sobald einmal ihre Fähigkeit in Testamenten bedacht zu werden, anerkannt war, auch schon frühe als Subjecte von Personalservituten zugelassen wurden. Das bot nun auch wenig Schwierigkeiten, wenn ein bestimmter Endtermin, wie solcher den Personalservituten immer beigefügt werden kann, im Testament festgesetzt war, und wird das, so lange derartigen

f) Donell im Commentar Buch 10, Kap. 17 § 17 und andere das folgern Gegentheil.

g) Vgl. v. Savigny Syst. Bd. II. S. 289.

Verfügungen erſt Bahn gebrochen werden mußte, immer geſchehen ſein. Seitdem einmal dadurch anerkanntes Recht geworden war, daß eine Corporation Innehaberin eines Uſusfructs ſein könne, mußte in ſolchem Falle, wo die Zufügung eines Endtermins unterlaſſen war, bei der meiſtens unendlichen Dauer der Corporationen oder der doch wenigſtens ſehr geringen Hoffnung auf den Untergang derſelben eine derartige Servitut einer immerwährenden Veräußerung der beſtimmten Befugniß gleichkommen, was doch für den gewöhnlichſten Fall, für den Uſusfruct gewiß nicht die Abſicht des Teſtators geweſen ſein wird, da damit dem Eigenthümer der ganze Nutzen der Sache für immer entzogen, und deßhalb ein Legat der Sache ſelbſt viel zweckmäßiger geweſen wäre [h]). Da aber einmal die Zuläſſigkeit des Uſusfructs für juriſtiſche Perſonen anerkannt war, half man ſich hier durch folgende Argumentation; der Uſusfruct zu Gunſten einer Corporation ſolle ein ähnliches Verhältniß herſtellen, wie der zu Gunſten einer phyſiſchen Perſon errichtete; ſolche lebe aber höchſtens hundert Jahre, und alſo dürfe auch ein Uſusfruct zu Gunſten einer Corporation nicht über hundert Jahre dauern [i]). Daſſelbe Beſtreben, einen derartigen Uſusfruct möglichſt dem einer phyſiſchen Perſon conſtituirten Uſusfruct zu accommodiren, veranlaßt Aemilius Macer in l. 68 pr. ad leg. Falc. 35, 2, nachdem er in ſeiner Tabelle über die wahrſcheinliche Lebensdauer, welche bei Berechnung der Falcidiſchen Quart für Legate eines Uſusfructs oder lebenslänglicher Alimente zu Grunde gelegt werden ſoll, zu dem Reſultat gelangt iſt, daß niemals für einen längeren Zeitraum als 30 Jahre die Fortdauer des Lebens vermuthet werden dürfe, folgenden Schluß aufzuſtellen:

> Sic denique, et si Reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.

Dieſe lediglich aus jenem Streben zu erklärende Beſtimmung

---

h) Gaius ſtellt in l. 56 de usufr. dieſelben Zweifelsgründe auf, fügt aber dann hinzu: Sed tamen placuit, dandam esse actionem.

i) L 56 de usufr.; l. 8 de usufr. legato 33, 2 Papinian in l. 66 § u. de leg. 33 II. 31 ſcheint dieſe Anſicht nicht zu theilen, denn zur Rechtfertigung der Gültigkeit eines ſolchen Legats ſagt er nur, die Corporation könne ja den Uſusfruct durch Nichtgebrauch verlieren.

iſt um ſo auffallender, als es verhältnißmäßig nun ſehr wenig Gründe giebt, die ein früheres Erlöſchen der für hundert Jahre conſtituirten Servitut wahrſcheinlich machen und daher durch Anwendung jener Berechnungsweiſe nur zu häufig Unbilligkeiten entſtehen können. Freiwilliger Verzicht, Nichtgebrauch der Servitut Seitens der berechtigten Corporation[k]), Untergang derſelben[l]) oder wenigſtens gänzliche Veränderung ihres rechtlichen Charakters[m]) möchten die einzigen Gründe ſein, welche einen ſolchen einer Corporation allgemein beſtellten Uſusfruct möglicher Weiſe aufheben werden.

Mehrere ältere Juriſten[n]) haben behauptet, dieſe Regeln ſeien unanwendbar für den Fall, wo dem Fiskus eine derartige Perſonalſervitut beſtellt ſei, weil ein Untergang deſſelben rechtlich undenkbar ſei. Allein ſie verkennen, wie obige Beſtimmungen über die Dauer der Servitut keineswegs mit der muthmaßlichen Dauer der Corporation zuſammenhängen, ſondern nur bezwecken, eine charakteriſtiſche Eigenſchaft der Perſonalſervituten, den Untergang nach einem Menſchenleben, auch hier zu wahren. Und ſolches kann daher auch bei Servituten des Fiskus eine Beſchränkung auf eine beſtimmte Zeit nöthig machen.

Dieſer letztere Geſichtspunkt muß uns auch bei Beantwortung einer andern Frage einen Anhalt gewähren. Alle Stellen, welche von Perſonalſervituten zu Gunſten einer Corporation reden, erwähnen nur den Uſusfruct, und es frägt ſich, ob dieſer hier als Repräſentant der ganzen Klaſſe ſteht, oder ob dieſe Regeln nur für ihn allein gelten ſollen. Der Uſusfruct hat, wie wir ſpäter ſehen werden, auch wieder eine doppelte Bedeutung, er iſt einmal die Befugniß, den ganzen Fruchtertrag und die ganze Nutzung einer Sache zu beziehen, und dann auch wieder nur die auf andere übertragbare Berechtigung, eine einzelne beſtimmte Handlung mit der belaſteten Sache vorzunehmen. Gilt nun die obige Regel nur für den Uſusfruct, ſo gilt ſie auch nur

---

k) L. 66 § u. de legat. II. 31.

l) L. 21 quibus modis usufr. 7, 4.

m) Das dürfte die Bedeutung ſein, wenn Gaius in l. 56 de usufr. 7, 1 von einem ſolchen einer Corporation conſtituirten Uſusfruct ſagt, neque morte, nec *facile capitis deminutione* periturus est.

n) *Cujacius* Recitationis ad l. 8 de usufr. leg. 33, 2; *d'Avezan*, servitutum liber. Aureliae 1650. Pars VIII. 4. S. 460.

für ihn in jener erſten Bedeutung, indem der Grund, warum man ſie für die andern Perſonalſervituten ausſchließen könnte, auch für dieſe auf beſtimmte einzelne Handlungen beſchränkte Berechtigungen anwendbar iſt. Man könnte ſich nämlich darauf berufen, daß Gaius in den beiden Stellen, welche von dieſer Beſchränkung auf hundert Jahre ſprechen, das Hauptgewicht darauf legt, daß ohne eine derartige Beſchränkung das Eigenthum ohne jeden Werth (inutilis) wäre, weil faſt alle daraus fließenden Befugniſſe in den Händen des Uſufructuars ſeien. Das würde aber z. B. nicht der Fall ſein, wenn einer Gemeinde nur eine Wegegerechtigkeit über ein Grundſtück beſtellt ſei, wo das Eigenthum an dieſem Grundſtück doch noch immer einen hinlänglichen Werth behalten könne, und deßhalb müſſe eine ſolche Servitut, wenn bei Conſtituirung derſelben nichts anders beſtimmt ſei, für ewige Zeiten dauern. Eine ſolche Annahme würde noch dadurch unterſtützt werden, daß da, wo zu Gunſten von Corporationen den Erben jährliche Präſtationen auferlegt werden, beſtimmt wird, dieſe Verpflichtung ſolle „in perpetuum“ dauern*). Allein eben jener Umſtand, daß die Perſonalſervituten zu Gunſten phyſiſcher Perſonen die Vorbilder ſind, nach denen ſich alle Servituten zu Gunſten von Corporationen ausbildeten, wird auch für alle dieſe Fälle jene temporäre Beſchränkung nöthig machen. Man könnte uns freilich entgegenhalten, daß, wenn auch nicht bei juriſtiſchen Schriftſtellern, ſo doch in den Schriften der Agrimenſoren ſehr häufig die öffentlichen Wege unter den Geſichtspunkt einer dem Volke zuſtehenden Servitut, d. h. natürlich einer Perſonalſervitut, gebracht werden und dies Verhältniß denn doch ſich erlich eine immerwährende Dauer haben mußte; allein die wahre Bedeutung des „iter populo debetur“, und daß hier nicht die juriſtiſche Corporation, ſondern die einzelnen Glieder des Volks in eigener Perſon die Subjecte der Servitut ſind, das auszuführen, muß ich dem ſechſten Kapitel, wo ich von den ſervitutähnlichen Verhältniſſen handeln werde, vorbehalten.

Eine Perſonalſervitut zu Gunſten einer hereditas jacens mag wohl niemals in Frage kommen; nur die Laune eines nach juriſtiſchen Problemen haſchenden Teſtators könnte ſie ſchaffen wollen, und ſie wird dann als ein Legat des Uſusfructs zu Gunſten des Erben

o) L. 20 de annuis legat. 33, 1.

aufzufaſſen und darum gültig ſein. Auch wird in unſern Quellen der Fall, wenn dem Sklaven einer ſolchen hereditas jacens ein Uſusfruct vermacht iſt, dahin entſchieden, daß der Erbe nach Antretung der Erbſchaft den Uſusfruct für ſeine eigene Perſon erwerbe, weil der dies cedens für das Legat des Uſusfructs nicht ſofort erfolge, ſondern mit dem dies veniens zuſammenfalle[p]). Eine Erwerbung eines Uſusfructs für die hereditas jacens durch Geſchäfte unter Lebenden, welche ein Erbſchaftsſklave unternahm, werden aber beſtimmt als unmöglich erklärt, und zwar weil der Uſusfruct „sine persona constitui non potest“[q]); und ſelbſt eine bedingte Stipulation auf Leiſtung eines ſolchen Uſusfructs war ungültig, „quia“, wie Paulus in l. 26 de stipul. serv. ſagt „ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit“.

Das Erlöſchen mit dem Tode des Berechtigten iſt das charakteriſtiſche Kennzeichen und die weſentlichſte Bedingung einer Perſonalſervitut, von welcher auch Privatwille niemals Abweichungen ſchaffen darf. Dagegen können aber die faktiſchen Folgen dieſes Erlöſchens möglicher Weiſe aufgehoben und ein Verhältniß hergeſtellt werden, welches für die Erben denſelben Werth hat, den die Vererblichkeit der Servitut haben würde. Da nämlich eine Perſonalſervitut unter einer Suſpenſivbedingung beſtellt werden kann, ſo iſt immer die Möglichkeit vorhanden, in derſelben teſtamentariſchen Dispoſition oder demſelben ſonſtigen Rechtsgeſchäft, durch welches eine ſolche Servitut conſtituirt wird, zugleich eine eventuelle für den Fall des Erlöſchens jener erſten in der Perſon des Berechtigten zu Gunſten ſeiner Erben zu errichten, und erſehen wir denn auch aus den Quellen, wie dieſe ſchon bei den Römern vorkam[r]). Gründe, die man gegen eine weitere Anwendung dieſer eventuellen Servituten aus den Sätzen des ältern Rechts entnehmen könnte, wonach niemals ein Rechtsgeſchäft ſo abgeſchloſſen werden durfte, daß es möglicher Weiſe nur nach dem Tode des Erwerbers wirken und eine Klage erzeugen

p) L. 26 de stipul. servo. 45, 4.

q) L. 61 de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 26 de stipul. serv. 45, 3; Vat. fragm. § 55.

r) L. 5 pr. quib. mod. usufr. 7, 4; l. 39 § 4 de leg. I. 30.

konnte s), und weiter, wonach jemand in seinem Testamente nicht so Vermächtnisse aussetzen konnte, daß ihm unbekannt blieb, wer sie empfangen würde, [Verbot der Honorirung non personae incertae] t), sind im neuern Rechte weggefallen u) und scheinen, wie jene einzelnen in den Quellen erwähnten Beispiele von eventuellen Servituten für die Erben vermuthen lassen, niemals mit ganzer Strenge hier angewandt zu sein. Auf jeden Fall wird man aber jetzt nicht nur eine Servitut zu Gunsten des ersten Erben zulassen müssen, sondern die Consequenz fordert, daß man nun auch zu Gunsten der Erben des Erben u. s. w. von Anfang an eventuelle Servituten errichten kann, und möglicher Weise eine so unendliche Reihe von Servituten constituirt wird, daß alle Rechtsnachfolger des zunächst Berechtigten einstmals solche erhalten.

Es frägt sich aber, wie sich hierzu Justinians Verordnung in l. 14 C. de usufr. et habit. 3, 33 verhalte. Er spricht darin von dem Fall, wo nur die nuda proprietas einem Legatar vermacht war, und dagegen der Ususfruct dem Erben verbleiben soll v), und will dadurch alte hierüber vorhandene Streitigkeiten abschneiden w). Weil nämlich, wie Ulpian in l. 65 de V. S. sagt, der Ausdruck

---

s) § 35 J. de leg. II, 20; § 13 J. de inutilib. stipul. III, 19; l. 11 C. de contr. stipul. 8, 38; l. un. C. ut act. ab hered. 4, 11.

t) Ulp. fragm. 24, 18; Gaius II, § 238; § 25 und §. 27 J. de leg. II, 20; l. u. C. de inc. pers. 6, 48.

u) Vgl. die angeführten Stellen aus den Institutionen und dem Codex.

v) Die Voraussetzungen giebt Justinian zwar also an: si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, *quatenus* ususfructus apud heredem maneat; allein man darf nicht mit G. F. Puchta [Vorlesungen über das heutige röm. Recht § 189] übersetzen, der Legator solle die Proprietät nur so lange haben, als der Erbe den Ususfruct habe; denn ein solches Legat wäre ohne allen Vortheil und darum ungültig gewesen, und hätte aus diesem Grunde verworfen werden müssen. Vielmehr zeigt die ganze folgende Ausführung, daß der Sinn ist, der Legator solle die Sache in so weit haben, daß der Ususfruct bei den Erben zurückbleibe. Die Beziehung von *quatenus* auf die Zeit ist auch keineswegs die ausschließliche, sondern die auf den Grad ist ebenso häufig. Vgl. *Dirksen*, Manuale Latinitatis.

w) Auf diesen Streit weisen die Worte von Julian in l. 4 si usufr. petat. 7, 6 hin: licet *placeat*, quum detracto usufructu fundus legatur, apud heredem usumfructum esse.

heres ſich nicht bloß auf den nächſten Erben, ſondern auch auf alle, die jemals direct oder indirect Erben jemandes werden konnten, bezog, ſo wollten einige in jener Verfügung die Errichtung von Uſusfructen zu Gunſten aller künftigen Erben ſehen, und erklärten daher das Legat für unnütz, weil der Honorirte weder ſelbſt, noch jemals ſeine Erben Vortheil daraus ziehen konnten, wenn die Nutzung immer andern zuſtand. Juſtinian verwirft dieſe Auffaſſungsweiſe und will den Uſusfruct in der Perſon des erſten Erben enden laſſen, ſo daß von deſſen Tode oder Verzicht u. ſ. w. an die Sache conſolidiert und der Legatar Nutzen aus dem Vermächtniß zu ziehen beginnt. Juſtinian giebt hier alſo nur eine geſetzliche Interpretation des Willens des Teſtators, für welche auch allerdings ſehr viele innere Gründe ſprechen. Seine Motivirung derſelben lautet aber alſo:

> Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemtione ususfructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, huius modi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus.

Daraus geht hervor, daß ihm ein rechtes Verſtändniß der Streitfrage ganz abging, indem er glaubte, es handele ſich um Fortdauer eines und deſſelben Uſusfructs bei allen ſpätern Erben, während doch wohl nur die Conſtituirung eines beſondern für jeden derſelben behauptet war. Daß dieſes, was doch nach den ſonſtigen Grundſätzen des neuern römiſchen Rechts zuläſſig war, fortan verboten ſein ſoll, ſpricht er demnach auch nicht aus, und wo daher die Conſtituenten Ausdrücke gebraucht haben, die Juſtinians Interpretationsregel unanwendbar erſcheinen und den beſtimmten Willen erkennen laſſen, daß auch die Erben der Erben oder alle Rechtsnachfolger die Perſonalſervituten genießen ſollen, wird eine Ungültigkeit derartiger Diſpoſitionen nicht behauptet werden können.

Es läßt ſich nicht leugnen, daß durch ein ſolches Verhältniß, welches, wie geſagt, dem Effecte nach der Vererblichkeit der Perſonalſervitut gleich ſteht, namentlich wenn es ſich um einen Uſusfruct handelt, der alle Nutzungen der Sache ergreift, das Eigenthum für

immer zu einem werthlosen gemacht, und dies möglicher Weise zu mancherlei Mißbrauch und zum Nachtheil öffentlicher und Privat-Interessen benutzt werden könnte; allein das rechtfertigt uns nicht, um diese durch die Consequenz gebotene Zulässigkeit der Servitut-errichtung zu Gunsten späterer Rechtsnachfolger leugnen zu dürfen und wollte man diese Regel auch in so weiter Ausdehnung nicht zulassen, so bliebe die Schwierigkeit, eine Grenze dafür zu finden. Gesteht man zu, daß man für seinen Erben einen Ususfruct erwerben kann, so muß man es auch für den Erben seines Erben, und bei welcher Generation das aufhören soll, läßt sich nicht ermitteln. Ob aber die positive Gesetzgebung hier nicht Veranlassung zur Aufstellung beschränkender Grundsätze finden könne, ist eine andere Frage.

Drittes Kapitel.

Beſchaffenheit der belaſteten Sache.

§. 13.

Die belaſtete Sache darf dem Verkehr nicht entzogen ſein.

Daß die dienende Sache eine wirklich exiſtierende körperliche Sache ſein muß, möchte ſich ſchon aus der ſeitherigen Begriffsbeſtimmung der Servitut mit Nothwendigkeit ergeben[a]); ſodann iſt es aber auch nöthig, daß dieſelbe nicht dem Verkehr und der Privatdispoſition entzogen iſt, namentlich daß ſie nicht divini juris iſt. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß einer ſolchen Sache, nachdem ſie in dies Verhältniß getreten iſt, keine Servitut mehr auferlegt werden kann, da dazu ja nur der Eigenthümer, d. h. bei den res sacrae und religiosae die betreffende Gottheit, berechtigt, ſolcher aber handlungsunfähig iſt. Und wo der jetzige Herr eines Rechtes daſſelbe aus Gründen, die auf einer Rechtsnothwendigkeit beruhen, nicht veräußern kann, da kann nach allgemeinen Regeln daſſelbe auch nicht durch Verjährung erworben werden. Wohl aber könnte man es für möglich halten, daß eine Sache, die vorher mit Servituten belaſtet war, von ihrem Eigenthümer unbeſchadet der Servitut zu einer res religiosa durch Begräbniß Verſtorbener gemacht werden könnte. Allein die Ausübung einer Servitut galt als unverträglich mit der Berechtigung der Manen an demſelben Grundſtück, ſie war gegen

a) Celſus in l. 2 de usufr. 7, 1: Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.

das fas[b]), und deßhalb wurde, da die Idee von der Unverletzlichkeit des Rechts doch noch ſtärker war, als die ſo große Scheu vor der Kränkung der als Götter geehrten Manen, ein ſolcher mit Servituten belaſteter Ort überhaupt nicht religios, ſondern blieb, trotz des Begräbniſſes, im Eigenthum deſſen, dem er ſeither zuſtand[c]). Ertheilte dieſer ſeine Zuſtimmung, ſo erloſch die Servitut, ſoweit die Religioſität reichte.

Dieſe Regeln gelten nun aber nicht nur für poſitive Servituten, vermöge deren man eine Handlung auf dem Grundſtück vornehmen ſoll, ſondern auch durch negative Servituten darf das Eigenthum der Manen nicht beſchwert ſein, trotzdem daß eine Ausübung der dadurch unterſagten Handlung für das angebliche Intereſſe derſelben wenig oder keine Bedeutung hat. So ſagt Javolen in l. 4 comm. praed. 8, 4.

> Caveri, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest, quia id, quod humani iuris esse desiit, servitutem non recipit; sicut ne illa quidem servitus consistere potest, ut certus numerus hominum in uno loco humetur.

Dieſe zunächſt nur für die res religiosae gegebenen Beſtimmungen möchten auch für res sacrae und sanctae analog anzuwenden ſein, wie denn in der oben angeführten Stelle allgemein geſagt wird, daß eine Servitut dem nicht auferlegt werden könne, welches aufgehört habe humani iuris zu ſein, und ebenſo in l. 17 § 3 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3 die Zuläſſigkeit einer Servitut für dieſelben allgemein geläugnet wird, da es gegen das fas ſei, ſie zu brauchen.

An den res publicae dagegen konnten wohl einzelne eine beſtimmte von dem allgemeinen Benutzungsrechte verſchiedene Befugniß in Folge einer Verleihung Seitens der competenten Obrigkeit inne haben; allein das römiſche Recht hat dieſe nicht dem Begriff der Servitut untergeordnet, ſondern ſie unabhängig davon als Real- oder Perſonalprivilegien behandelt. Wir werden unten bei Beſprechung mehrerer ſervitutähnlicher Verhältniſſe darauf zurückkommen.

Die res communes omnium, die Luft, das fließende Waſſer und das Meer, können ihrer Natur nach nicht der ausſchließlichen

---

b) L. 17 § 3 in f. de aqua et aq. pl. arc. 39, 3.

c) L. 2 § 8 de religiosis 11, 7.

Herrſchaft Einzelner unterworfen und darum auch nicht Objecte von Servituten ſein [d]); wohl aber muß man ſolches hinſichtlich der Meeresküſte annehmen. Denn wie dieſelbe dem Privateigenthume für ſo lange unterworfen wird, als durch ein errichtetes Gebäude eine ausſchließliche Herrſchaft über dieſen Theil geübt werden kann [e]), ebenſo muß auch eine Servitut, welche beſtimmte bauliche Vorrichtungen bedarf, nachdem ſolche auf dem Meeresufer gemacht ſind, ſo lange an dieſem beſtehen, als dieſe Vorrichtungen dauern. Ueber die näheren Bedingungen einer derartigen Occupation einer Servitut wird ſpäter bei der Lehre von der Entſtehung der Servitut zu handeln ſein.

§. 14.

Unmöglichkeit der Servitut an eigener Sache.

Die Servitut iſt ihrer weſentlichen Beſtimmung nach ein Recht an einer fremden Sache, und die Beſtellung einer Servitut für den Eigenthümer wäre, ſelbſt wenn ſie zu Gunſten einer andern ihm gehörigen Sache geſchähe, durchaus zwecklos, und darum ſchon hat ſich dafür keinerlei Rechtsform gebildet. Es erlöſcht aber auch jede Servitut durch den Erwerb der dienenden Sache Seitens des Servitutberechtigten [a]), weil ihr ein weſentliches Requiſit, die Nützlichkeit, fehlt, indem ſie dem Servitutberechtigten keinen andern Vortheil zu gewähren vermag, als ſolchen, den er ſich ſchon vermöge ſeines Eigenthums verſchaffen kann [b]). So war denn der Satz: *nulli res sua servit* [c]), gewiß eine der erſten unzweifelhaft feſtſtehenden Lehren auf dem Servitutengebiete. Auch dieſe ſprichwortartige

---

d) Ulpian ſagt in l. 13 D comm. pr. 8, 4 — — mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest.

e) L. 6 pr. l. 10 de div. rer. 1, 8; l. 14, l 50 de adquir. dom. 41, 1; l. 3 und 4 ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 § 17 de flumin. 43, 12.

a) L. 5 pr. si usufr. petatur. 7, 5.

b) Die Frage ob eine Servitut erlöſcht, die über mehrere zuſammenhängende Grundſtücke als eine einzige fortgeht, wenn eins dieſer Grundſtücke erworben wird, iſt ſchon im Voraus in § 8 beſprochen worden.

c) L. 26 de S. P. U. 8, 2.

Form weist schon auf sein Alter und seine allgemeine Anerkennung hin.

Das factische Verhältniß, welches oft zwischen zwei Sachen desselben Eigenthümers besteht, und vermöge dessen die Eigenschaft der einen, als ob eine Realservitut bestände, zu Gunsten der andern verwandt wird, kann aber, wenn es auch zur Zeit lediglich Ausfluß des Eigenthums ist, doch Veranlassung zur Entstehung einer Servitut werden, im Falle die Sachen aufhören, einen gemeinsamen Eigenthümer zu haben. Es kann nämlich möglicher Weise diese Befugniß an dem einen Grundstück als Pertinenz des andern erscheinen und daher dem rechtlichen Schicksal derselben als selbständige Servitut folgen, wo man denn von einer stillschweigenden Servitutenrichtung zu reden pflegt. Davon wird aber erst an einem andern Orte gehandelt werden können. Ferner kann in einigen bestimmten Fällen eine Servitut, die durch den Erwerb des Eigenthums an der dienenden Sache Seitens des Berechtigten erloschen ist, bei einer Wiederveräußerung ganz in derselben Weise von selbst wieder aufleben, beziehungsweise deren Constituirung erzwungen werden, und zwar findet dies da statt, wo diese Wiederveräußerung die Erwerbung der dienenden Sache gleichsam rückgängig machen soll. So

1) wenn durch die actio redhibitoria ein Kaufgeschäft aufgelöst wurde, wodurch der Käufer eine ihm dienstbare Sache erworben hatte[d]),

2) wenn der Servitutberechtigte eine solche durch ein Legat erhalten hat, später aber dieselbe herausgeben muß, weil das Testament als inofficios umgestoßen ist[e]),

3) wenn gegen die Erwerbung eine wirkliche in integrum restitutio stattgefunden hat,

4) wenn ein Grundstück, welches dem alleinigen Erben dienstbar ist, einem andern legirt ist, wo die Servitut durch die mit dem Erbschaftsantritt verbundene Erwerbung des Erben consolidiert, aber bei der Herausgabe an den Legatar wieder hergestellt werden darf[f]),

5) wenn dem Eigenthümer eine Sache, an der er eine Servitut

---

d) L. 31 § 3 de aedil. edicto 21, 1.

e) L. 57 de usufr. 7, 1.

f) L. 116 § 4 de leg. I. 30; l. 18 de serv. 8, 1.

hat, zur dos gegeben wird, wo ebenfalls nach Auflösung der Ehe mit der Herausgabe der Sache auch die Servitut wieder auflebt[g]).

Wenn jemanden eine Servitut unter einer Bedingung bestellt ist, und er erwirbt, während die Bedingung schwebt, das Eigenthum an der eventuell dienenden Sache, veräußert solches aber vor dem Eintritt der Bedingung, so entsteht die Frage, ob dadurch der Bestand der Servitut verändert sei. Julian beantwortet sie in l. 34 de usufr. 7, 1 für den Fall, wo die Servitut unter einer Bedingung legirt ist, dahin, daß der Legator solche nach Eintritt der Bedingung dennoch geltend machen könne, und folgert daraus, daß für den Fall, wo zweien ein jährlich abwechselnder Ususfruct legirt sei, also eigentlich eine Reihe von Ususfructen vorliege, die erst nach Ablauf von bestimmten Fristen anfangen und dann stets nur ein Jahr dauern sollen, derjenige von den beiden Berechtigten, welcher die dienende Sache erwirbt, zwar die Servitut für dieses Jahr verliere, solche aber in den spätern ihm zufallenden Jahren wieder beanspruchen könne, wenn er nur die Sache bis dahin wieder veräußert habe. Diese Entscheidung wird auch da, wo die bedingte Servitut nicht durch Legat entstanden ist, anzuwenden sein, und nur in so fern wird sie häufig eine Modifikation erleiden müssen, als der, welcher eine Sache verkauft hat, dafür einstehen muß, daß dieselbe nicht mit einem Ususfruct belastet wird. Wollte er deßhalb selbst solchen geltend machen, so wird ihm meistens eine exceptio doli entgegengesetzt werden können.

Aehnliche Verhältnisse werden nun auch umgekehrt stattfinden, wenn die Servitut Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache erworben ist und diese Erwerbung rückgängig wird[h]).

Jener Grund, aus dem wir oben den Satz, nulli res sua servit ableiteten, wird nun aber in dem Fall keine durchgreifende Kraft haben, wo einer von mehreren Miteigenthümern eine Servitut beansprucht, indem es diesem vielerlei Vortheile gewähren kann, wenn er neben seinem Miteigenthum noch durch eine Servitut den übrigen Miteigenthümern gegenüber ein Recht auf eine ausschließliche Befugniß in Anspruch nehmen kann. Bei dem Ususfruct und andern

g) Arg. leg. 78 de jure dotium 23, 3.
h) L. 116 § 4 de leg. I. 30.

positiven Servituten leuchtet das schon von selbst ein, aber auch für negative Servituten ist das richtig, trotzdem daß ohne die Zustimmung jedes Einzelnen ein Haus z. B. nicht höher gebaut werden darf [j]. Thut aber ein Miteigenthümer dieses dennoch, so hat der andere aus dem Miteigenthum nur einen, im iudicium communi dividundo geltend zu machenden, persönlichen Anspruch auf Ersatz etwaigen Schadens [k]; hat er aber eine servitus altius non tollendi an der gemeinsamen Sache, so kann er daneben auch noch mit seiner Servitutenklage immer auf Niederreißung des Gebauten und auf Ersatz klagen. Demnach kann also jeder Miteigenthümer ein genügendes rechtliches Interesse an der Bestellung einer Servitut an dem gemeinsamen Acker haben; wenn solche gleichwohl unmöglich ist, so ist das ein Rechtssatz, der nicht sowohl in den Lebensverhältnissen basiert ist, denen er fast widerstreitet, sondern der rein eine Folge mangelhaft ausgebildeter Rechtsformen, und darum auf Rechnung der Jurisprudenz zu setzen ist. Weil nämlich, um ein anderwärts zu findendes Resultat hier vorweg zu nehmen, den theilweise Errichtung einer Servitut mit Ausnahme des Usufructs als eine Unmöglichkeit aufgefaßt wird, und weil darum bei Bestellung einer Servitut an einer gemeinsamen Sache alle Miteigenthümer ebenso mitwirken müssen, als ob jeder einzelne alleiniger Eigenthümer sei, dagegen sich aber für die Errichtung einer Servitut zu Gunsten des Eigenthümers selbst keine Form bilden konnte; so folgerte die Jurisprudenz, die Erfüllung jenes Requisits, daß alle Eigenthümer mitwirken müßten, sei für diesen Fall eine Unmöglichkeit, und deßhalb könne überhaupt keine Servitut an einer gemeinsamen Sache bestellt werden [l]. Bei dem Usufruct, wo die Möglichkeit der Errichtung zu intellectuellen Theilen angenommen wurde, konnte diese Schwierigkeit nicht entstehen, und die Miteigenthümer können ihnen immerhin für ihren Theil an der Sache einem andern Miteigenthümer bestellen. Für den Theil, welcher diesen Usufructuar selbst inne hat, entsteht er dann freilich auch nicht, und für diesen ist das Eigenthum unbeschwert [m]. Ebenso

---

j) L. 11 si serv. vind. 8, 5.

k) L. 26 de S. P. U. 8, 2.

l) L. 6 § 3 comm. pr. 8, 4; l. 26 de S. P. U. 8, 2.

m) L. 30 § 1 de S. P. U. 8, 2; l. 10 usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

erlöſcht der Uſusfruct für einen ideellen Theil, wenn der Uſufructuar dieſen zum Eigenthum erwirbt, weil er für dieſen Theil jeden Nutzen verloren hat und der Uſusfruct, wie er theilweiſe entſtehen, ſo auch theilweiſe erlöſchen kann.

Daß nun aber, vom Uſusfruct abgeſehen, wirklich nur der Mangel einer geeigneten Errichtungsform, nicht aber innere, in dem Verhältniſſe ſelbſt ruhende Gründe jenen Satz entſtehen ließen, eine Servitut könne nicht zu Gunſten eines Miteigenthümers an einer gemeinſamen Sache beſtellt werden, zeigt ſich deutlich darin, daß eine einmal beſtehende Servitut durch den theilweiſen Erwerb der dienenden Sache Seitens des Servitutberechtigten nicht untergeht. Denn wenn die Quellen ſich hierfür darauf berufen, daß eine Servitut nicht theilweiſe erlöſchen könne[a]), ſo mußte dieſer Grund bei vorhandener Unmöglichkeit einer Servitut an eigener Sache dahin führen, daß man niemals Miteigenthum an ſolcher Sache erwerben durfte, oder daß die Servitut ganz zu Grunde gehen mußte, was beides nirgends ausgeſprochen wird. Wenn Paulus trotzdem, daß er in l. 30 § 1 de S. P. U. jene Regel ausſpricht, in l. 26 deſſelben Titels ſagt:

> In re communi nemo dominorum *iure servitutis* neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat; nulli enim res sua servit.

ſo iſt das nur unter der Einſchränkung richtig, daß nicht ſchon der Sache eine Servitut obgelegen hat, ehe der Servitutberechtigte das Miteigenthum erwarb. Keineswegs darf man aber aus dieſen Worten folgern, daß für die Dauer des Miteigenthums jeder Intereſſent allein auf die perſönlichen Theilungsklagen, bei denen dann das Servitutverhältniß berückſichtigt würde, angewieſen und der Klagen „iure servitutis“ beraubt ſei, und daß erſt, wenn der Servitutberechtigte das Miteigenthum wieder verloren habe, die Servitut von Neuem auflebe. Wenn ſich auch alſo der Wortlaut der genannten Stellen vereinigen ließe, ſo ſpricht doch auch eben wieder Paulus zu beſtimmt in der l. 10 usufr. quemadm. caveat 7, 9 es aus, daß wegen eines Uſusfructs an der gemeinſamen Sache nicht in dem iudicium communi dividundo entſchieden werden könne, und fordert

a) L. 30 §. 1 de S. P. U. 8, 2.

deßhalb, daß auch der usufructberechtigte Miteigenthümer die beim Usufruct übliche Caution beſtelle, um ſeinem Miteigenthümer eine Klage zu ſchaffen. Demnach berückſichtigte das iudicium communi dividundo nicht die zwiſchen den Communionsintereſſenten beſtehenden Servitutverhältniſſe, und darum mußten die Servitutklagen zum Schutz derſelben beſtehen bleiben.

Unter den Geſichtspunkt einer Servitut an gemeinſamer Sache fällt auch der von Pomponius in l. 20 §. 2 de S. P. R. 8, 3 entſchiedene Fall. Er ſagt:

> Si fundo Seiano confinis fons fuerit, ex quo fonte per fundum Scianum aquam iure ducebam, meo facto fundo Seiano manet servitus.

Die auf der Grenze zweier Grundſtücke entſprungene Quelle ſtand darnach, wie andere auf der Grenze befindliche Sachen, im gemeinſamen Eigenthum der beiden Nachbaren, und dritten konnte daher auch nur von den beiden zuſammen das Recht auf eine Leitung aus dieſer Quelle ertheilt werden. War dies aber mal beſtellt, ſo erloſch es nicht dadurch, daß der Berechtigte ſelbſt einen der benachbarten Acker erwarb, und ſo Eigenthümer der Quelle wurde.

Für den Fall, daß die dienende und gleichzeitig die herrſchende Sache im Miteigenthum derſelben Perſonen ſtehen, haben wir entgegengeſetzte Entſcheidungen. Paulus ſagt in l. 30 § 1 de S. P. U.:

> itaque, si praedia mea praediis tuis serviant, et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus.

So ſetzt auch Papinian in l. 34 pr. de S. P. R. ein ſolches Servitutverhältniß zwiſchen zwei gemeinſamen Grundſtücken ohne weitere Erörterung als möglich voraus. Dagegen entſcheidet Julian in l. 27 de S. P. R.:

> Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur, quia *par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit.*

Die Rechtsfertigung und zugleich die Vorausſetzung dieſer letztern Entſcheidung möchte in den hervorgehobenen Schlußworten liegen. Hier iſt die Communion, wie ſie ſeither nur für ein Grundſtück beſtand,

unter Bewahrung deſſelben Theilungsverhältniſſes auch auf das andere ausgedehnt worden, beide ſind nun rechtlich zu einem einzigen Grundſtück vereinigt, und es iſt daher kein Grund die Servitut noch länger fortbeſtehen zu laſſen. So wird alſo überall zu entſcheiden ſein, wo eine und dieſelbe Communion mehrere Grundſtücke umfaßt, ſo daß dieſe gleichſam ein Grundſtück werden. In jenen zuerſt angeführten Stellen aber können die Quoten, für welche die Einzelnen Anrecht am Eigenthum haben, für beide Sachen ſehr verſchieden ſein. Ferner kommt für den von Paulus entſchiedenen Fall hinzu, daß die Uebertragung der beiden Theile ſucceſſiv geſchehen ſein muß, und wie nun allein durch die Uebertragung des Miteigenthums der dienenden Sache an den Innehaber der herrſchenden nach den obigen Regeln die Servitut nicht erloſchen ſein kann, ſo kann dies auch nicht durch die theilweiſe Erwerbung der herrſchenden Sache Seitens des Eigenthümers der dienenden geſchehen, und ſo läßt ſich kein Moment feſtſtellen, von welchem an die Servitut erlöſchen ſollte. So wird alſo überall zu entſcheiden ſein, wo die Quoten des Miteigenthums an herrſchender und dienender Sache verſchieden ſind, oder die Communion an beiden Grundſtücken erſt durch gegenſeitige Uebertragung eines Theils der ſeither im alleinigen Eigenthum ſtehenden Sachen entſtanden iſt.

Beſteht nun einmal eine Servitut an einem gemeinſamen Grundſtück zu Gunſten eines andern gemeinſamen Grundſtücks, ſo kann auf dieſelbe gar nicht verzichtet werden, indem ſolches nur durch alle Miteigenthümer und niemals nur für einen ideellen Theil geſchehen kann, jeder Miteigenthümer würde aber, wenn er z. B. am dienenden Grundſtück zu $\frac{1}{4}$, am herrſchenden zu $\frac{1}{3}$ berechtigt iſt, durch ſolchen Verzicht eine Eigenthumsbefugniß zum zwölften Theil auf ſich ſelbſt übertragen, was unmöglich iſt, und deßhalb iſt die Gültigkeit eines ſolchen Verzichts überhaupt nicht zuzulaſſen[o]).

Da nach dem Seitherigen möglicher Weiſe einem Miteigenthümer eine Servitut an der gemeinſamen Sache zuſtehen kann, ſo folgt daraus, daß ſich gegen eine von einem Miteigenthümer fälſchlich angemaßte Servitut jeder der andern mit einer negatoriſchen Klage ſchützen kann, zumal ſolche überall von einem einzelnen Mit-

o) Papinian in l. 34 pr. de S. P. R.

eigenthümer einer widerrechtlich dienenden Sache angeſtellt werden kann, und ſo wird ſie denn auch in l. 27 pr. de S. P. U. und in l. 11 und l. 14 § 1 si serv. vind. 8, 5 zum Schutz gegeben gegen eigenmächtiges Vorbauen, Inmittiren eines Balkens, Ueberhängen einer Mauer, wenn dies von dem im Sondereigenthum ſtehenden Grundſtücke eines Miteigenthümers aus geſchieht.

Es wird kaum der Erwähnung bedürfen, daß nur das Eigenthum unverträglich iſt mit einer Servitut an derſelben Sache, daß dagegen der Erwerb einer andern Servitut die früher innegehabte, falls ſie nur irgend einen weitern Vortheil zu bieten vermag, nicht aufhebt. So kann der, welchem eine Realſervitut an einer Sache zuſteht, doch noch unbeſchadet jener den Uſusfruct derſelben erwerben, weil dieſer ſeiner kürzern Dauer wegen doch nicht alle Vortheile zu bieten vermag, die jene gewähren kann[p]). Ferner darf man, wie Africanus in l. 33 de S. P. R. zu erwähnen nöthig findet, dieſe Lehre von der Unmöglichkeit der Servituten an eigener Sache nicht ſo weit ausdehnen, daß man ſagt, es dürfe dem dienenden Grundſtück keinerlei Vortheil aus der zu Gunſten einer andern Sache beſtellten Servitut entſtehen, vielmehr können die in Folge derſelben gemachten Vorrichtungen, wenn das bei Conſtituirung der Servitut zugeſtanden iſt, auch Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache unbeſchadet jenes an die Spitze dieſes Paragraphen geſtellten Satzes mitbenutzt werden[q]), oder ihm ſpäter durch Uebereinkommen aller Intereſſenten ein perſönliches Recht auf ſolche Mitbenutzung gewährt werden[r]).

Schließlich möge noch kurz erwähnt werden, daß die l. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5[s]) dieſe Lehre, ſo wie überhaupt die Servituten-

---

p) L. 30 § 1 de S. P. U. 8, 2.

q) L. 2 de rivis 43, 21. *Paulus* libro LXVI. ad Edictum. Labeo non posse, ait, ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferretur appellendi pecus, vel hauriendi aquam; quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione, quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.

r) L. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3.

s) Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut jus compascendi haberent, mercati sunt, idque etiam a successoribus eorum est observatum; sed nonnulli ex his, qui hoc ius habebant, praedia sua illa propria verumdederunt; quaero, an in

lehre gar nicht berührt, da ſie davon redet, wie ein von mehreren als Weideland gekauftes Grundſtück Pertinenz der Grundſtücke der einzelnen werden könne, wenn die Weide nur mit Bezug auf dieſe benutzt ſei. Weil das Eigenthum an jenem Weideland keinen andern Vortheil als eben die Weide gewährt [1]), ſo nennt der Juriſt es jus compascui, und als Pertinenz eines andern Grundſtücks jus fundi, Ausdrücke, welche die Compilatoren bei oberflächlicher Anſicht veranlaßten, dieſe Stelle in das Buch über Servituten aufnehmen, wohin ſie doch gar nicht gehört.

---

venditione etiam ius illud secutum sid praedia, quum eius voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent? Respondit, id observandum, quod actum inter contrahentes esset; sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc ius ad emtores transire. Item quaero, an, quum pars illorum propriorum fundorum legato ad aliquem transmissa sit, aliquid iuris secum huius compascui traxerit? Respondit, quum id quoque ius fundi, qui legatus esset, videretur, id quoque cessurum legatorio.

1) Daß es ſolche nur durch Abweiden zu benutzende saltus gab, erſehen wir auch aus l. 32 de usufr. 7, 1.

Viertes Kapitel.

Inhalt und Umfang der Servituten.

I. Die Realservituten.

§. 15.

Die Anzahl der Realservituten ist unbeschränkt.

Nirgends in den Quellen finden wir eine Stelle, durch welche die Servituten ausdrücklich auf eine bestimmte Zahl fixirt werden, aber auch keine, welche eine gänzliche Freiheit, alle und jede Lasten einer Sache aufzulegen, proclamirt. Wir müssen daher bei Untersuchung der Frage, welche Befugnisse an einer fremden Sache durch Servitutbestellung verliehen werden können, auf die Entwicklung der Servitutenlehre im römischen Rechte zurückgehen und aus dem Gesammteindruck derselben ein Resultat zu gewinnen suchen. Eine Trennung der Realservituten von den Personalservituten wird hier bei dem von ihnen eingehaltenen ganz verschiedenen Entwicklungsgange und den zum Theil verschiedenen Erfordernissen, welche an sie gestellt werden, mit Nothwendigkeit geboten sein.

In der Einleitung haben wir gesehen, wie die vier Servituten via, iter, actus und aquaeductus die ältesten Ansätze der Servitutenbildungen waren und ein ungleich höheres Alter, als alle andern Realservituten haben. Es ist möglich, daß sich die alte Starrheit und Unbeholfenheit des Rechts auch an diesen Servituten in der Art zeigte, daß die Art und Weise der Ausübung dieser Gerechtigkeiten, die Breite des Wegs u. s. w. ganz ebenso den ein für alle Mal bestimmten unabänderlichen Regeln unterlag, wie das bei den durch öffentliche Vorschriften gegründeten Wegen und Wasser-

leitungen der Fall war, und die immer, wenn von den Conſtituenten nichts anders beſtimmt iſt, eintretende geſetzliche Breite der via mag ſich davon herſchreiben, ſowie ferner auch manche der noch im ſpätern Rechte geltenden eigenthümlichen Beſtimmungen über die perpetua causa bei Waſſergerechtigkeiten, die im Vergleich zu der ſonſt in der Servitutenbildung herrſchenden Freiheit, zu eng und zu definitiv erſcheinen, um nur ein Ausfluß ſpäterer Doctrin zu ſein. Auf jeden Fall mußte doch Manches, wie die Richtung des Wegs u. ſ. w. ſchon von Anfang an durch die Willkühr der Conſtituenten feſtgeſtellt werden, und war dieſer einmal ein Weg gebahnt, wo ſie ſich frei von den Feſſeln der ſtrengen Formen äußern konnte, da mußte ihr Einfluß naturgemäß ſehr bald größer werden. So war ihr denn auch ſchon, ſoweit unſere Quellen reichen, ein weiter Spielraum überlaſſen, da ſie die verſchiedenartigſten Modalitäten jenen vier Servituten zufügen konnte[a]). Wurde davon nun ein recht umfaſſender Gebrauch gemacht, ſo konnte es geſchehen, daß durch zugefügte Nebenbeſtimmungen namentlich die servitus aquaeductus einen ganz andern Character erhalten und ſelbſt der ſpätern servitus aquaehaustus ähnlich werden konnte[b]), und hatte ſich einmal die Idee Eingang verſchafft, daß der Wille der Conſtituenten das höchſte Geſetz für die Servituten ſei, ſo mußte auch die Grenze, daß jede errichtete Servitut ſich dem Begriffe jener vier alten ſubſumiren laſſen müſſe, bald fallen, wie wir denn auch, ohne daß von einer geſetzgeberiſchen Thätigkeit nach dieſer Seite hin irgend welche Spur zu erkennen iſt, zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten eine Fülle der ver-

a) So ſagt Papinian in l. 4 de serv. 8, 1: § 1. Modum adiici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur (vel non agatur), veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. § 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis. Aehnlich l. 14 comm. pr. 8, 4; l. 7 quemadm. serv. amitt. 8, 5.

b) Cicero pro Caecina § 74 ſagt: Aquaeductus, haustus, iter a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur. Er nennt alſo unter den Repräſentanten der Servituten, wo juriſtiſche Schriftſteller immer nur die vier im Text genannten aufführen, auch den haustus. Dies möchte auf das hohe Alter dieſer Servitut ſchließen laſſen.

ſchiedenartigſten Realſervituten ausgebildet finden. So lange man das Corpus Juris mit den Gloſſatoren als ein erſchöpfendes abgerundetes Geſetz Juſtinians auffaßte, ſo lange hat man die dort erwähnten Servituten als die einzig vom Rechte anerkannten und deßhalb allein möglichen Servitutenbildungen gelten laſſen, und dieſe Auffaſſung hat, wie ich in einem ſpätern Werke ausführen zu können hoffe, viel beigetragen, um die Reception des römiſchen Rechts gerade auf dieſem Gebiete unſers Rechtszuſtandes ſo wenig ſegenbringend wirken zu laſſen.

Und doch hätte die große Mannigfaltigkeit der uns überlieferten Bildungen ſchon das Gegentheil vermuthen laſſen müſſen. Denn neben jenen ſtereotypen, in beſtimmte Formen gefaßten und mit beſtimmten Namen bezeichneten Arten, die ſich auf den unſern gloſſirten Ausgaben meiſtens zugefügten Servitutentafeln, den arbores servitutum, verzeichnet finden, werden noch mancherlei Servituten erwähnt oder nur angedeutet, für die ſich keine ſolche feſtſtehende Formeln und Namen gebildet hatten. So wird z. B. in l. 1 § 8 de mort. infer. 11, 8 geſagt, man könne durch eine Servitut das Recht haben, bei Bauarbeiten eine gewiſſe Maſchine auf des Nachbars Grundſtück zu befeſtigen, in l. 17 § 2 si serv. vind. 8, 5 eine Servitut genannt, vermöge deren man keine Miſtgrube an des Nachbars Wand haben darf[c]). Wenn alſo ſolche Fälle es ſchon wahrſcheinlich machen, daß jede Befugniß, welche unter den beſondern Umſtänden dem Erwerber Vortheil gewähren konnte, wenigſtens in klaſſiſcher Zeit Gegenſtand einer Realſervitut ſein durfte, ohne daß es nöthig war, daß das Recht dieſe Art Servituten erſt recipirt hatte, ſo ſprechen für dieſe Annahme noch folgende weitere Umſtände.

1) Wenn die römiſchen Juriſten von einer Realſervitut reden, und ſei ſie noch ſo ſelten und auffallend, ſo beſtreben ſie ſich niemals die Zuläſſigkeit derſelben aus dem Herkommen oder einem Geſetze zu rechtfertigen, ſondern ſie laſſen es lediglich darauf ankommen, ob in dem einzelnen Falle eine derartige Servitut auferlegt ſei, und ſelbige den allgemeinen Principien über Realſervituten nicht widerſpreche[d]).

---

c) Mehr Beiſpiele werden unten bei Aufzählung der einzelnen überlieferten Servituten zu finden ſein.

d) So wird z. B. in l. 4 comm. pr. die Servitut „ut certus numerus

Die Uebereinstimmung, mit welcher dieser Weg eingehalten wird, läßt sich nur daraus erklären, daß die Freiheit in der Servituterrichtung damals schon in der römischen Rechtsanschauung Wurzel geschlagen hatte.

2) Das Verhältniß, welches uns oben als die Brücke erschien, über welche die Servitutenbildung von jenen vier alten ausschließlichen zu den späteren zahlreichen Arten gelangte, muß wieder wirksam sein, um aus den uns überlieferten Servituten eine unbegränzte, größere Anzahl zu bilden. Der persönlichen Willkühr wird nämlich völlige Freiheit gelassen, nicht bloß bei den Wege- und Wasserservituten, sondern bei allen Servituten in jedem Falle alle möglichen Modificationen hinsichtlich der Ausübung, des Umfangs u. s. w. zuzufügen[c]), so daß es also an einer bestimmten unabänderlichen Form für dieselben fehlt, und keine bestimmte Grenze angegeben wird, wo die alte vom Rechte anerkannte Art ihren Charakter verliert und eine neue wird. Demnach erscheint es als ein Widerspruch, einmal nur eine bestimmte Anzahl von Servituten als rechtlich möglich hinzustellen, sodann aber der Privatwillkühr zuzugestehen, diesen einzelnen Arten jede beliebige Modification zu geben und so zu etwas ganz Anderem zu machen.

Dies möchte genügend beweisen, wie die uns überlieferten Realservituten nur die Bedeutung haben, daß sie die vorzugsweise mit bestimmten technischen Namen versehenen Bildungen sind, welche im römischen Rechtsleben besonders häufig waren, oder welche den Juristen zufällig bekannt geworden und in ihren Schriften besprochen wurden. Die zur Servituterrichtung früher nöthige solenne mancipatio oder in jure cessio begünstigte es, daß bestimmte Errichtungsformeln gebräuchlich wurden, deren sich das Geschäftsleben in allen vorkommenden Fällen einer Art bediente, und dadurch erhielt die Servitutenlehre eine gewisse Einförmigkeit und Stetigkeit, die den großen Spielraum, welcher hier der Willkühr eröffnet ist, oft fast

---

hominum in uno loco humetur" nur verworfen, weil an einem religiosen Orte keine Servitut bestehen kann.

c) L. 4 § 1 de serv. Modum adiici servitutibus posse constat. L. 5 § 1 eod. Usus servitutum temporibus secerni potest. Beispiel: l. 6 § 5 si serv. vind. 8, 5.

verkennen läßt. Dieſe Freiheit unterliegt aber gewiſſen ſie begrenzenden Geſetzen, die wir im Einzelnen in den folgenden Paragraphen beſprechen werden.

§. 16.

Erforderniß der Nützlichkeit der Realſervituten.

Es iſt einer der oberſten Grundſätze unſeres Rechtszuſtandes, daß der Staat nur ſolche Rechte ſchützt, und daher nur ſolche durch eine Klage verfolgt werden können, deren Ausübung für den Berechtigten ein Intereſſe hat, d. h. ihm nach einer billigen vernünftigen Auffaſſung einen Vortheil gewährt. Insbeſondere wird aber regelmäßig an die Vermögensrechte die Forderung geſtellt, daß ſie dem Berechtigten einen Vermögensvortheil zu bieten im Stande ſein müſſen, daß mit andern Worten die Güter des Berechtigten dadurch um einen Beſtandtheil vermehrt werden, der ſich nöthigenfalls nach der Schätzung des täglichen Verkehrs auf ein beſtimmtes Quantum des allgemeinen Schätzungsmittels, des Geldes, reduciren läßt[a]). Wenn aber ſchon das Eigenthum in dem Erforderniß des Intereſſe eine Grenze findet, ſo gilt das noch mehr für die Servituten. Hier wird das Vermögen nur um eine einzelne Befugniß an einer Sache vermehrt, und da die Zahl der möglichen Befugniſſe, welche an einer Sache geübt werden können, ſo unendlich groß und mannig-

a) Es möchte erſcheinen, als ob das Eigenthum ſchon immer an und für ſich eine Vermögensvermehrung enthalte und darum ein Intereſſe gewähren müßte. Allein nur die Vermuthung wird dafür ſtreiten, nicht aber die Einrede des mangelnden Intereſſe gänzlich ausgeſchloſſen ſein; vielmehr wird der Vindication nicht ſtattgegeben werden können, ſobald der Verklagte beweiſt, daß die Sache für den Vindicanten durchaus von gar keinem Vermögenswerthe iſt, wie dies wohl bei Schutt, oder bei zur Erinnerung aufbewahrten Kleinigkeiten, wie trockenen Blumen u. dgl. vorkommen kann. Denn ſonſt könnte er ſich ja durch Vernichtung des vindicirten Gegenſtandes klagfrei machen, indem er dann nur zum Erſatz des Werthes deſſelben angehalten werden würde, der aber überall gar nicht vorhanden iſt. Will man daher nicht zu der Abnormität gelangen, daß ſich jemand von der gegen ihn erhobenen rechtsbegründeten Klage rechtsgültig durch Delict befreien könne, ſo muß man auch gegen die Eigenthumsklage die Einrede des mangelnden Intereſſe zulaſſen.

faltig iſt, ſo leuchtet ſchon daraus ein, daß nur einzelne dieſer Befugniſſe eine wirkliche Vermögensverbeſſerung bewirken werden, es dagegen gar manche geben wird, die, wenn ſie einem dritten übertragen ſind, wohl den Eigenthümer in dem freien Gebrauch zu beſchränken vermögen, aber doch keinen Vortheil gewähren. Hieraus ergiebt ſich nun in Beziehung auf Realſervituten Nachſtehendes:

Jeder in Folge des Eigenthums an der herrſchenden Sache Berechtigte kann die zu Gunſten dieſer Sache beſtellte Servitut nur geltend machen, wenn er an der Ausübung ein rechtliches Intereſſe hat, während ihm, wenn er in Folge ſpecieller factiſcher Verhältniſſe in einer Lage iſt, wo die Servitut ihm keinen Vortheil zu gewähren vermag, die Einrede des mangelnden Intereſſe entgegengeſetzt werden kann. Dadurch aber erlöſcht die Servitut noch nicht ſofort, ſelbſt nicht, wenn jene Umſtände, die der Ausübung entgegenſtehen, von der Art ſind, daß dieſelben für die Dauer der Berechtigung des jetzigen Innehabers der herrſchenden Sache nicht gehoben werden können, ſondern die Servitut wird nur ſuſpendirt, indem der Berechtigte doch noch, trotzdem daß er ſie ſelbſt nicht ausüben darf, ein Intereſſe an den Fortbeſtand derſelben hat und ſie ſein Vermögen noch immer vergrößert. Denn da jeder künftige Eigenthümer der herrſchenden Sache auch Servitutberechtigter ſein wird, ſo behält die Sache einen höhern Werth, wenn die Servitut fortbeſteht, und inſofern bereichert auch eine ſolche nicht benutzbare Servitut das Vermögen des Berechtigten. Der Beweis für dieſe Regel iſt darin zu finden, daß nach l. 19 de servit. 8, 1 jemand beim Verkauf eines Grundſtücks zu Gunſten eines in ſeinem Eigenthum verbleibenden andern Grundſtücks eine Servitut, wie z. B. eine Waſſerleitungsgerechtigkeit retiniren kann, ohne daß ſie ihm Vortheil bringt.

Man hat dieſe l. 19 häufig als eine Singularität der durch Retention bei der Veräußerung des dienenden Grundſtücks entſtandenen Realſervituten auffaſſen wollen[b]); aber einen innern Grund für eine andere Behandlung der retinirten und der durch Veräußerung conſtituirten Servituten hat man nicht auffinden können, während ſie, wenn man jene Beſtimmungen nur dahin ergänzt, daß die

b) So noch wieder Geſterding, Nachforſchungen Bd. VI. Abtheil. I. pag. 42.

für den Erwerber zwar unnütze Servitut, doch für die spätern Innehaber vermuthlich von Nutzen sein muß, wie gezeigt, auch innere Gründe für sich hat. Zu einer solchen Ergänzung ist man hier aber um so mehr befugt, als das Beispiel der Wasserleitungsservitut gewählt ist, die, wie wir schon einmal zu sagen Gelegenheit hatten, unter italienischem Himmel vermuthlich für jeden Innehaber eines zum Ackerbau bestimmten Grundstücks Vortheil gewähren mußte.

Sind aber die Umstände derartig, daß man mit Sicherheit voraussehen kann, daß die Ausübung der Servitut für alle künftigen Innehaber der herrschenden Sache keinen Vortheil zu gewähren vermag, so wird die Servitut nicht nur suspendirt, sondern sie erlöscht ganz und gar; denn ihr Fortbestand macht die Sache nicht werthvoller und bereichert daher den Berechtigten nicht mehr. Daher können denn auch Befugnisse, an welchen ein Nichteigenthümer gar kein Interesse zu haben vermag, niemals zum Inhalt von Servituten gemacht werden, und so sagt Pomponius in l. 15 pr. de servit., der Eigenthümer könne keine Servitut dahin bestellen, daß er nicht durch sein Grundstück gehen oder nicht dort stehen dürfe, oder seinen Acker nicht benutzen wolle, wohl aber, daß er nicht nach Wasser auf seinem Grund und Boden graben wolle, um nicht dem Nachbar das Wasser abzugraben.

Dies ist nun aber nicht die einzige Richtung, in welcher bei Realservituten Nützlichkeit der bestellten Befugniß gefordert wird; sondern es muß auch weiter der gewährte Nutzen unmittelbar in Beziehung zu der herrschenden Sache stehen. Die ersten Realservituten entstanden, wie bereits öfter erwähnt ist, aus dem Bestreben, die Eigenschaften des einen Grundstücks aus denen eines andern zu ergänzen, und so künstlich zu schaffen, was die Natur versagt hatte. Später blieb man nicht dabei stehen, nur solche Erfordernisse, welche zur Cultur des Grundstücks unumgänglich nöthig waren, zu ergänzen, sondern Alles, was irgend zur größern Brauchbarkeit, ja zur Annehmlichkeit des Grundstücks beitragen konnte, durfte Gegenstand einer Realservitut sein[c]), so daß es also auch Vergnügungsservituten

c) Pomponius in l. 3 pr. de aqua et aq. quot. 43, 20: Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

geben konnte. Allein der Geſichtspunkt, daß die Realſervituten der herrſchenden Sache eine ihm von Natur fehlende Eigenſchaft gewähren ſollten, blieb immer dadurch erkenntlich, daß die gewährte Befugniß nicht bloß in ſo fern mit dem herrſchenden Grundſtück zuſammenhängen muß, als ſie mit dieſem derſelben Herrſchaft unterworfen iſt, ſondern es wird ein engeres Band zwiſchen beiden gefordert, indem die Prädialſervitut dazu beitragen muß, daß die herrſchende Sache beſſer ihrer eigenthümlichen Beſtimmung gemäß verwandt werden kann[d]) und darum ihrem Eigenthümer größern Vortheil oder größere Annehmlichkeit gewährt. Es muß der Nutzen, welchen die Servitut bringt, gleichſam erſt durch Vermittelung des herrſchenden Grundſtücks erhalten werden, ſo daß ohne deſſen Beſitz die Ausübung der Servitut denkbarer Weiſe keinen Vortheil gewähren kann. Will man dies ſo bezeichnen, die Servitut müſſe dem herrſchenden Grundſtück nützen, ſo muß man ſich dadurch nur nicht verleiten laſſen, dieſes als das eigentliche Subject aufzufaſſen, wogegen wir ſchon oben polemiſirten.

Es iſt die gewöhnliche Annahme, daß die mannigfachen hierher bezüglichen Quellenausſprüche ſich ſchon aus dem Satze erklären ließen, daß eine Befugniß als Realſervitut nur ſoweit verliehen werden könne, als ſie vorausſichtlich jedem nachfolgenden Eigenthümer des Grundſtücks Vortheil gewähren werde. Wie wir aber hiermit nicht überall eine genügende Erklärung der Stellen zu geben vermögen, und wie dagegen unſer Princip im Einzelnen zu rechtfertigen und anzuwenden iſt, werden wir beſſer auseinanderſetzen können, wenn wir die hauptſächlichſten Kategorieen aller vorkommenden Realſervituten näher betrachten:

1) Dieſelben können zum Zweck haben, die Benutzung eines Grundſtücks durch Gewährung eines Zutritts zu demſelben zu ermöglichen oder zu erleichtern. Hierher gehören die Wegeſervituten aller Art, wodurch aber nur das Recht verliehen werden kann, dann über ein Grundſtück zu gehen, zu fahren u. ſ. w., wenn man ſolches thut, um das herrſchende Grundſtück gehörig zu benutzen, und da dazu ein vielfacher Beſuch vortheilhaft ſein kann, ſo kann auch die Servitut in dieſer Hinſicht ſehr weit gehen. Sie muß aber immer von einem

d) C. Hoffmann, die Lehre von den Servituten. § 16.

Punkte ausgehen, von wo aus auf das herrſchende Grundſtück zu gelangen für die Benutzung deſſelben erſprießlich iſt, alſo von einem öffentlichen Wege oder von einem Grundſtück eines dritten, an welchem der Eigenthümer zu Gunſten des herrſchenden Grundſtücks andere Realſervituten hat, die ein Betreten nöthig machen, oder nur von einem andern Grundſtück deſſelben Eigenthümers, von dem aus das zur Bebauung Nöthige u. ſ. w. demſelben zugeführt werden ſoll[e]). Dagegen kann eine Wegegerechtigkeit nicht ohne ein derartiges Ziel beſtehen, und bloß den Zweck haben, überhaupt einen Weg zum Spazirengehen zu verleihen[f]), denn dieſes ſteht in keinem Zuſammenhang mit der Benutzung der dienenden Sache, und dieſe wird dadurch in keiner Weiſe gefördert, wenn man ſich dagegen auch wohl Umſtände denken kann, die es vorausſichtlich jedem künftigen Eigenthümer höchſt angenehm machen müßten, auch ſolche Berechtigung inne zu haben, ſo wenn ſie z. B. einem Luxusgarten an einem durch ſchöne Ausſicht ausgezeichneten Orte zuſtände, wo ſie doch der servitus ne prospectui officiatur hinſichtlich der Nützlichkeit für künftige Eigenthümer gleich ſtehen möchte.

2) Die Realſervituten können den Zweck haben, die Benutzung der herrſchenden Sache vortheilhafter zu machen, indem ſie der Subſtanz derſelben die zum ſachgemäßen Gebrauch erſprießlichen Elemente zuführen. Von dieſer Art ſind die Waſſerleitungsſervituten, ferner die Servituten, Sand zu graben, Holz zu fällen, Rohr zu ſchneiden u. ſ. w., die alle nur ſoweit geübt werden können, als das dadurch erworbene Material wie Waſſer, Mergel, Bauholz, Bauſteine, Dachrohr u. ſ. w. dem herrſchenden Grundſtück einverleibt[g]),

---

e) Eine ſolche Wegeſervitut zwiſchen zwei eigenen Grundſtücken wird in l. 38 de S. P. S. R. 8, 3 genannt, woraus ſich ſchon die Unſicherheit jenes Princips, daß die Servitut vorausſichtlich jedem Eigenthümer von Vortheil ſein müſſe, ergiebt, indem dies hier nur der Fall iſt, wenn jeder folgende Eigenthümer auch beide Grundſtücke hat, was aber, wenn dieſe voneinander entfernte, ſelbſtändige Sache ſind, nicht zu erwarten ſteht.

f) Paulus in l. 8 de serv. 8, 1: Ut pomum decerpere liceat, et ut *spatiari*, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. — eine Stelle, die für dieſe Lehre ſehr wichtig, die verſchiedenartigſten Erklärungsverſuche und dadurch die verſchiedenartigſten Theorieen hervorgerufen hat.

g) L. 6 pr. de S. P. R. 8, 3.

oder zur gehörigen Instandsetzung und Aufbewahrung der schon erzielten Früchte verwandt wird. Für Letzteres werden in den Quellen als Beispiel Servituten angeführt, vermöge deren man Thon graben darf, um daraus Gefäße für Aufbewahrung des auf dem herrschenden Grundstück gewonnenen Weins anzufertigen, oder Holz schlagen darf, das zu derartigen Tonnen gebraucht wird[h]). Hierher gehören auch die Weideservituten, die Material liefern, um das zur Bewirthschaftung nöthige Vieh halten zu können, wodurch sie denn auch indirect durch Gewährung von Dünger zur Substanzverbesserung der dienenden Sache beitragen. Von diesem Gesichtspunkt aus wird aber die Weideservitut ziemlich unbeschränkt sein, da für ein Grundstück nicht so leicht Arbeitskraft und Dünger überflüssig oder zu viel werden kann[i]). Mehr wird sie beschränkt durch den später zu behandelnden Grundsatz, vermöge deren die Servituten civiliter geübt werden sollen, und der auf die Weideservitut angewendet meistens dahin führen wird, daß nur so viel Vieh aufgetrieben werden darf, als auf dem herrschenden Grundstück nach landwirthschaftlichen Grundsätzen zur gehörigen Benutzung gehalten werden muß (s. u. § 25).

Nützt dagegen das gewonnene Material in keiner dieser Weisen dem herrschenden Grundstück, so kann eine Befugniß auf dessen Gewinnung nicht als Realservitut bestellt werden. So sagt denn auch Paulus in der oben aufgeführten l. 8 de serv., es könne keine Realservitut geben, ut pomum decerpere liceat; ein Ausspruch, den Bangerow[k]) dadurch erklärt, im fremden Garten Obst zu naschen, sei gewiß nicht Jedermanns Geschmack, als ob das Obst nicht ebenso bei den Römern ein allgemeines, selbst mit einem Marktwerth versehenes Lebensmittel, ja fast Lebensbedürfniß gewesen wäre, als bei uns. Man hat freilich auch wohl gesagt, der Lebensmittelbezug nütze ja dem Grundstück in so fern, als nun das auf demselben selbst Gezogene geschont werden könne. Allein die Früchte eines Grundstücks sind zur Verwendung bestimmt, und wird durch deren längere Bewahrung die Lage des dienenden Grundstücks nicht verbessert, wohl aber, wie das aus l. 6 de S. P. R. oben genommene

h) L. 6 pr. §. 1 de S. P. R. 8, 3.

i) Gesterding, Nachforschungen B. VI. Abth I. S. 65 u. ff.

k) Leitfaden Bd. I. S. 804.

Beiſpiel zeigt, dadurch daß dieſe Früchte gehörig verwandt und bis dahin aufbewahrt werden können, da ſonſt jede Fruchterzeugung zwecklos ſein würde.

Vielleicht kann es mit dem hier gewonnenen Satze, daß das durch die Servitut erlangte Material immer in das herrſchende Grundſtück verwandt werden muß, zuſammenhängen, wenn wir in den Quellen die jetzt ſo häufige Realſervitut, Brennholz in fremdem Walde machen zu dürfen, nirgends erwähnt finden, obgleich bei derſelben der Geſichtspunkt doch immer noch möglich iſt, daß es eine Bedingung für das Bewohnen jedes Gebäudes iſt, daß es im Winter erwärmt werden könne, und auch für viele landwirthſchaftliche Geſchäfte Feuer nöthig iſt, demnach der Brennholzbezug wirklich die Benutzung des herrſchenden Grundſtücks befördert, ja faſt ermöglicht. Freilich könnte man dann weiter ſchließen, zur Cultur eines Grundſtücks ſei auch nöthig, daß die Bewohner nicht verhungern, und darum diene die Befugniß, vermöge deren ſie von fremden Boden Lebensmittel nehmen könnten, indirect dazu, die Benutzung des Grundſtücks zu erleichtern. Allein das Bedürfniß der Lebensmittel iſt nicht eine Folge der Cultur oder des Bewohnens, ſondern würde auch unabhängig von dem Eigenthum des herrſchenden Grundſtücks von dem Berechtigten empfunden werden, und ſeine Befriedigung auch unabhängig davon einen Werth für ihn haben, während ſelbſt Brennholz nur durch Vermittlung eines Gebäudes ſachgemäß von dem Berechtigten verwandt werden kann, und bei dieſem außerdem eben der landwirthſchaftliche Nutzen noch in Anſchlag zu bringen iſt. Höchſtens könnte man eine Servitut auf Lebensmittelbezug nach römiſchem Rechte in ſo fern rechtfertigen, als man, um das Grundſtück zu bebauen, vieler Arbeiter und alſo Nahrung für dieſe bedarf, während man bei Unterlaſſung der Benutzung ſolches Bedürfniß nicht hätte. Auf jeden Fall muß man wenigſtens, ſo lange man auf dem Grunde des römiſchen Rechts ſteht, ſehr vorſichtig bei Zulaſſung ſolcher Servituten ſein, bei denen das auf fremden Grund und Boden gewonnene Material nicht ſofort dem herrſchenden Grundſtück einverleibt wird, ſondern erſt indirect zu Gute kommt, indem nur eine einzige derartige Servitut in den Quellen gefunden wird, nämlich die Weideſervitut, bei der aber die Beziehung auf die Benutzung des herrſchenden Grundſtücks um ſo näher liegt, als dieſe nach

landwirthschaftlichen Grundsätzen häufig ohne Viehstand in gehöriger Weise gar nicht geschehen kann.

Eine unmittelbare Folge unsers an die Spitze gestellten Princips ist nun ferner der Grundsatz, daß durch die Realservitut nur so weit Material gewonnen werden darf, als es für das herrschende Grundstück verwandt werden kann, während solcher aus dem Satze, daß eine Realservitut voraussichtlich jedem Nachfolger nützen müsse, sich nicht für alle Fälle rechtfertigen läßt, indem z. B. eine Holzberechtigung Material verleiht, das leicht zu veräußern ist, und sogar einen mehr oder weniger feststehenden Marktwerth hat, so daß ein größerer Holzbezug, als für das Gut verwandt werden kann, immer eine Vermögensvermehrung für jeden künftigen Innehaber dieses Rechts gewähren würde.

Freilich gab es auch unter den römischen Juristen dissentirende Meinungen, die eine Benutzung über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinaus zulassen wollten, indem Pomponius in l. 24. de S. P. R. sagt:

> Ex meo aquaeductu, *Labeo* scribit, cuilibet posse me vicino commodare; *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est [1]).

Allein diese Ansicht des Labeo, die aus der Beobachtung hervorgegangen sein mochte, daß es für den Eigenthümer des dienenden Grundstücks einerlei sein könne, wie viel Wasser durch die einmal bestehende Leitung laufe, ist nicht nur in dieser l. 24. auf das Be-

1) Die oft hierher bezogene l. 33. de S. P. R, wonach bei einer Wasserleitung einem Eigenthümer der dienenden Grundstücke oder einem Nachbar derselben dann die Mitbenutzung gestattet werden kann, wenn der Abschluß von pactiones vel stipulationes darüber erreicht ist, was dann beweisen soll, daß die Berechtigten das Wasser auch andern abgeben könnten, redet nur davon, daß sich alle Interessenten, d. h. die Innehaber aller dienenden und herrschenden Grundstücke durch Vertrag verpflichten können, sich die Benutzung durch jemanden, der nicht Servitutberechtigter ist, gefallen lassen zu wollen, wodurch denn nur ein persönlicher Anspruch gegenüber den Paciscenten und deren Nachfolgern, nicht gegenüber den Singularsuccessoren erreicht wird. Daß ein solcher Vertrag gültig ist, folgt schon daraus, daß es sich hier lediglich um Privatrechte handelt, auf deren Ausübung jeder durch Vertrag für sich und seine Erben verzichten kann.

ſtimmteſte von zwei Juriſten, von Pomponius und Proculus verworfen, ſondern auch andere Stellen ſprechen dagegen, z. B. die l. 44 locati conducti 19, 2:

Locare servitutem nemo potest.

Vielfach beſprochen iſt nun aber das Verhältniß, in welchem die l. 1 § 16 de aq. quot. 43, 20 zu dieſer Lehre ſteht. Dort ſagt Ulpian in einem längeren Commentar zu dem Theil des Edicts, welcher vom Interdict de aqua quotidiana handelt, Folgendes:

Illud *Labeo* dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, eiusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere, ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut semel in suum ingressus inde egredi qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Es ſoll ſich alſo, ſo erklärt man die Stelle gewöhnlich, jemand des zum Schutz der Waſſerleitungsſervituten gegebenen Interdicts bedienen können, wenn er das Waſſer über ſein herrſchendes Grundſtück nach einem andern jetzt erſt von ihm gekauften und unberechtigten Grundſtück leiten will, und darin hat man einen Widerſpruch gegen die in der l. 24 de serv. und damit für das juſtinianiſche Recht recipirte Meinung erblicken wollen, der um ſo begreiflicher ſein ſoll, als dieſe Stelle auch von Labeo ſtamme. Allein nur der Anfang dieſer Stelle kann der Conſtruction des Satzes nach Labeos Worte enthalten; nachher berichtet Ulpian in directer Rede eine herrſchende Anſicht: Ergo — putant, und es wäre auch höchſt auffallend, wenn Ulpian eine ſo weitläuftige Ausführung, die gegen die übliche Lehre, ja gegen die Natur der Realſervituten ſo gänzlich verſtieße, ohne ein Wort des Tadels zuzufügen, einfach referirte. Daß aber, wie man auch hat annehmen wollen, das herrſchende Grundſtück durch den Berechtigten einſeitig vergrößert werde, wenn er das angrenzende Stück damit verbinde, widerſpricht der Natur der Realſervituten ganz und gar, und ebenſo möchte auch die Erklärung nicht genügen, daß hier geſagt würde, wenn das Waſſer ſeinem Zwecke gemäß das herrſchende Prädium berieſelt habe, ſo könne der Eigenthümer nun den Ueberſchuß nach Belieben benutzen. Denn wenn es auch möglich iſt, daß ſelbſt bei einer civilen Ausübung noch ſo viel Waſſer übrig

bleiben kann, daß das anliegende Grundstück daraus Nutzen zu ziehen vermag, so erscheint es bei dieser Auffassung doch unbegreiflich, wie Ulpian diesen Satz an die Worte des Labeo anknüpfen, und als eine Folge desselben darstellen konnte, da ein logischer Zusammenhang zwischen der Benutzung des Spülwassers und dem Grundsatz, daß alle Theile des herrschenden Grundstücks in demselben Rechtsverhältnisse sein, nicht aufzufinden sein möchte.

Ich will versuchen, diesen Erklärungsversuchen einen andern entgegenzusetzen, den ich noch nirgends erwähnt gefunden habe: Ulpian spricht in dem vorhergehenden Paragraph seines Kommentars davon, daß nur soweit das Interdict de aqua quotidiana gegeben werde, als das Wasser auf dieselbe Weise geleitet werde, wie es seither in diesem Jahre geschehen sei. Wenn daher, fährt er fort, der Berechtigte anderes Wasser leiten will, oder zwar dasselbe, aber doch durch eine andere Gegend, so kann der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, ohne in Nachtheil zu kommen, Gewalt hiergegen anwenden. So weit § 15. In § 16 wird hierauf zunächst unter Berufung auf Labeo gesagt, daß alle Theile des Grundstücks, wohin das Wasser eines Ort geleitet wird, in gleichem Verhältniß stehen. Sodann wird aus diesen beiden Sätzen ein dritter combinirt. Wenn daher, fährt Ulpian fort, der Berechtigte ein Nachbargrundstück kauft, das, damit die zweite Regel anwendbar ist, und wie darum stillschweigend supponirt wird, an derselben Wasserleitung berechtigt ist und daher mit dem seither inne gehabten in an gleichem Rechtsverhältniß steht, so kommt es auch diesem Grundstück zu Gute, wenn der Käufer für sein seitheriges Eigenthum schon in diesem Jahre Wasser geleitet hat; indem er sich deßhalb des Interdicts auch für das gekaufte Grundstück bedienen kann, falls er nur das Wasser zuerst auf sein früheres Grundstück in derselben Weise leitet, wie er das seither gethan hat, und es dann von da auf das andere berechtigte Grundstück überleitet. Wollte er aber das Wasser direct auf dieses leiten, so stände ihm das Interdict nicht zur Seite. Da aber durch eine derartige Operation das Interesse des dienenden Grundstücks doch verletzt werden kann, indem z. B., weil nun nach einer Seite hin mit einem Male eine größere Quantität abfließt, und dadurch das Wasser reißender sein kann, als wenn es in einzelnen Partieen abgeleitet würde, oder weil der dem gekauften Grundstück

ſeither zukommende Theil des Waſſers, wenn er da abgeleitet würde, wo er ſeither abgefloſſen iſt, dem dienenden Grundſtück noch von Nutzen ſein konnte, während dieſer bei der jetzigen Art zu leiten erliſcht; ſo kann dem Berechtigten dieſe Art der Benutzung des Waſſers unterſagt werden, indem ſie incivilis d. h. gegen den wahrſcheinlichen Willen der Conſtituenten iſt. Der Juriſt vergleicht dies Verhältniß mit dem bei Wegeſervituten obwaltenden; der Vergleichungspunkt iſt aber nur, daß bei Anſtellung des Interdicts de aqua quotidiana eben ſo wenig gefragt werde, ob das Waſſer dorthin, wohin man es indirect auf dem Umwege durch ein anderes leiten will, ſchon in dieſem Jahre geleitet hat, ſondern nur, ob man es ſchon auf das zunächſt zu bewäſſernde geleitet hat, wie bei Anſtellung des Interdicts de itinere actuque auch nur gefragt wird, ob man ſchon dorthin gegangen iſt, wohin man zunächſt geht, nicht aber, ob man auch ſchon dahin gegangen iſt, wohin man von jenem erſten Grundſtück gehen will.

Mit dieſer Bedeutung wird die l. 1 § 16 de aqua quot. 43, 20 dem aufgeſtellten Princip, daß eine Befugniß, von einem fremden Grundſtück Subſtanzen zu entnehmen, nur ſoweit als Realſervitut beſtellt werden kann, als dieſe Subſtanz zur Verbeſſerung der herrſchenden Sache verwandt werden kann, und nur ſoweit ausgeübt werden darf, als dieſe Subſtanz wirklich auch dazu benutzt wird, in keiner Weiſe widerſprechen.

3) Die Realſervituten können den Zweck haben, dem herrſchenden Grundſtück ſchädliche Subſtanzen abzuziehen, wie namentlich überflüſſiges Waſſer. Dann darf aber die Servitut nur ſo weit benutzt werden, als es nöthig iſt, um das herrſchende Grundſtück ſelbſt von dem Waſſer zu befreien, nicht aber darf dieſes noch etwas von einem andern Grundſtück aufnehmen, um ſolches ebenfalls mit Hülfe der Servitut fortzuſchaffen[m]). Es wird nicht ſpeciell entſchieden, ob dieſe Servitut auch das Waſſer umfaſſen könne, welches dem herrſchenden Grundſtück in Folge einer Servitut von einem andern Grundſtück zugeführt wird, und für den Fall, wo dieſe Servitut jünger iſt als jene, wird man es auch ohne weiteres leugnen können, da eine derartige Benutzung der Ableitungs-Servitut bei deren Begründung

m) L. 29 de S. P. R. 8, 3.

nicht beabſichtigt und daher incivilis ſein wird; wenn dagegen das herrſchende Grundſtück ſchon vor der Beſtellung der Servitut zur Aufnahme fremden Waſſers durch eine ihm aufliegende Servitut oder durch Geſetz verpflichtet war, ſo erſcheint dieſe Laſt als ein Fehler der Sache ſelbſt und wird daher unſerer Anſicht nach durch eine Realſervitut beſeitigt werden können. Dieſem ähnlich iſt der Fall, wenn die Realſervitut darauf gerichtet iſt, das herrſchende Grundſtück gegen ſchädliche Subſtanzen zu ſchützen, die es ſonſt in Folge einer Naturnothwendigkeit oder in Folge geſetzlicher Beſtimmung treffen würden.

4) Realſervituten können auch die Vergrößerung des Umfangs des herrſchenden Grundſtücks zu ihrer Aufgabe haben, indem ſie geſtatten, ſolche Handlungen, die zur zweckgemäßen Benutzung oder zur Verſchönerung des Grundſtücks beitragen können, auch noch über die Grenzen deſſelben auf dem anliegenden Grundſtück vorzunehmen, und ſo den Raummangel der herrſchenden Sache zu erſetzen. Dieſe Handlungen müſſen aber immer wieder zu der dienenden Sache in einer nahen Beziehung ſtehen, indem namentlich der Nutzen, den ſie gewähren, nur durch Vermittelung derſelben ganz genoſſen werden kann, und ſo kann man, um einzelne Beiſpiele aus der großen Maſſe hervorzuheben, wohl das Recht haben, in des Nachbars Luftraum hinein, einen Balkon oder auf der fremden Mauer eine zum Spazierengehen beſtimmte Säulenhalle (portius ambulatorius) zu bauen[n]), weil dadurch in unmittelbarer Beziehung zu dem herrſchenden Hauſe eine Einrichtung getroffen wird, welche daſſelbe verſchönert und vergrößert, und ſich ihm ſo anſchließt, daß ſie ſchon äußerlich als ein Theil deſſelben erſcheint. Dagegen kann, wie wieder Paulus in l. 8. de serv. ſagt, keine Realſervitut dahin gehen, ut coenare in alieno possimus; denn wenn auch, wie mitunter ausgeführt iſt, das herrſchende Grundſtück durch Düngeranhäufungen u. ſ. w. in einem Zuſtande ſein könnte, daß es für jeden Innehaber angenehm ſein müßte, wenn er einen Ort in der Nähe habe, wohin er ſich während ſeiner Beſchäftigung auf dem Grundſtück begeben könne, um ſeine Mahlzeiten zu halten, ſo übt doch dieſe Befugniß auf die herrſchende Sache ſelbſt keinen Einfluß aus. Während man auf dem dienenden Grundſtück iſt, hat man aus der herrſchenden Sache keinen Vortheil,

n) L. 8 § 1 si serv. vind. 8, 5.

und während man die Servitut übt, trennt man ſich ganz von derſelben. Ueberhaupt iſt bei den meiſten Servituten dieſer Art charakteriſtiſch, daß zwiſchen dem herrſchenden und dem dienenden Stück ſich ſchon äußerlich ein Band zeigt, welches beide als eine Sache erſcheinen läßt, und wo dies ausnahmsweiſe nicht der Fall iſt, werden die übrigen Beziehungen auf die herrſchende Sache um ſo enger ſein müſſen. So kann man durch eine Realſervitut ermächtigt ſein, auf fremden Grund und Boden und auch auf entfernteren Theilen deſſelben, Dämme, Schleuſen u. ſ. w. zu haben[o]), aber dieſe haben dann den Zweck, das dienende Grundſtück unmittelbar gegen die ſchädlichen Einflüſſe des Waſſers zu ſchützen, alſo ſeine Qualität künſtlich zu verbeſſern und den Vortheil, den ſie dem Berechtigten gewähren, erlangt er erſt durch die Vermittlung des herrſchenden Grundſtücks. Ferner kann eine Servitut das Recht verleihen, die Früchte des herrſchenden Grundſtücks auf dem dienenden zu lagern[p]), aber dadurch wird dann die Möglichkeit erworben, die Früchte aufzuheben und zu erhalten, und alſo zu verhindern, daß der Zweck der herrſchenden Sache, die Fruchterzeugung nicht vereitelt werde. Wir haben oben unter 2, ſchon ein anderes Beiſpiel gefunden, wonach Befugniſſe, die zum unmittelbaren Schutz der Früchte einer Sache beſtimmt ſind, ebenſo Gegenſtand einer Realſervitut ſein können, als ob ſie zum unmittelbaren Schutz der Sache ſelbſt gegeben wären, welches alſo von dem genannten Geſichtspunkte aus erklärt werden muß. Es verſteht ſich, daß auch dieſe Servitut nur für die auf dem herrſchenden Grundſtück ſelbſt gezogenen Früchte gilt.

5) Realſervituten können endlich die Benutzung der herrſchenden Sache dadurch vortheilhafter oder angenehmer machen, daß ſie ſolche an und für ſich rechtlich erlaubte Handlungen dritter hindern, durch welche der Gebrauch des herrſchenden Grundſtücks beeinträchtigt wird. Dies ſind die negativen Servituten, bei denen ſich die Anwendung der oben aufgeſtellten Regel am leichteſten von ſelbſt ergeben wird.

Man könnte einen Angriff auf dieſe Ausführungen durch die Berufung auf die Jagdberechtigung begründen wollen, welche an einem fremden Grundſtück als Realſervitut beſtellt werden könnte,

---

o) L. 1 § 23 de aq. et aq. plu. accend. 39, 3.

p) L. 3 § 1 de S. P. R. 8, 3.

ohne daß deren Ausübung die Benutzung der herrſchenden Sache irgend wie unterſtütze. Allein die l. 16 de S. P. R., auf welche man ſich zum Beweis, daß das römiſche Recht die Jagdberechtigung als Realſervitut gekannt habe, zu berufen pflegt, ſagt nur:

> Divus Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὔλογον, ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν ἀλλοτρίοις χωρίοις ἰξεύειν (non est consentaneum rationi, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium facialis).

Hierin iſt alſo nichts von einer derartigen Realſervitut geſagt, und allein aus der Stellung dieſes Fragments in dem Titel: *de servitutibus praediorum rusticorum* kann die Möglichkeit der Conſtituirung einer ſolchen um ſo weniger gefolgert werden, als in den Titeln über Servituten auch andere Fragmente Platz gefunden haben, die ſich nicht grade direct auf Servituten beziehen[q]). Demnach glaube ich denn auch mit Beziehung auf das bereis Ausgeführte, die Zuläſſigkeit der Jagdgerechtigkeit als Realſervitut leugnen zu können.

§. 17.

Fortſetzung. Erforderniß der perpetua causa.

Wir ſind ſeither zu dem Reſultate gelangt, daß jede Realſervitut ihrem Innehaber einen Vortheil bei der Benutzung der herrſchenden Sache gewähren müſſe; allein das römiſche Recht ſtellt an die Art und Weiſe, wie dieſer Vortheil zu gewähren iſt, noch weitere Forderungen, die man nach dem Vorbild der Quellen[a]) als das Erforderniß einer *perpetua causa* zuſammenfaßt.

Die Realſervituten haben nämlich, wie ſchon mehrfach erwähnt iſt, den Zweck, dem Grundſtück eine ihm von der Natur verſagte Eigenſchaft künſtlich zu erſetzen, und es iſt daher durchgehend das Streben erkennbar, dieſe künſtlichen Eigenſchaften den natürlichen ähnlich zu machen, wie ſich das namentlich darin zeigt, daß nur da eine Realſervitut angenommen werden ſoll, wo

1) die Ausübung der Befugniß nicht von einer mehr oder weniger zufälligen Thätigkeit des Eigenthümers der dienenden

---

q) L. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5. Vgl. oben § 14.

a) L. 28 de S. P. U. 8, 2.

Sache oder dritter Perſonen abhängt, ſondern, wie die Benutzung der natürlichen Eigenſchaften, unmittelbar durch die Sache ſelbſt ermöglicht wird.

2) die Verhältniſſe nicht ſo ſind, daß vorausſichtlich auch ohne den Eintritt ungewöhnlicher Umſtände der Ausübung der Befugniß bald unüberwindliche Hinderniſſe entgegentreten werden, und namentlich nicht gleich von vorneherein eine Erſchöpfung des zu benutzenden Materials durch die Ausübung der Servitut zu erwarten ſteht.

Ehe wir auf die Erörterung dieſer einzelnen Forderungen übergehen, möchte es nöthig ſein, eine Interpretation der l. 28 de S. P. U. 8, 2 vorauszuſchicken, da auf die verſchiedene Auffaſſung dieſer ſo viel beſprochenen Stelle die verſchiedenſten Theorieen über dieſe Lehre gebaut ſind.

> Paulus libro XV. ad Sabinum. Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

Zunächſt gehen nun ſchon die Anſichten darüber auseinander, welches Grundſtück in dem im erſten Theil der Stelle behandelten Falle das herrſchende iſt, ob der Speiſeſaal, oder ob das Nachbargrundſtück. Wenn jenes angenommen wird, ſo iſt die Möglichkeit eine doppelte, nämlich einmal könnten zur Abſpülung des Eſtrichs Vorrichtungen beſtehen, durch welche das nöthige Waſſer von dem Nachbargrundſtück herbeigeſchafft werden ſollte. Hierauf, ſo wäre dann die Stelle zu erklären, kann eine Servitut baſirt werden, wenn das Waſſer ſich auf dem benachbarten Grundſtück von ſelbſt, in Folge von Regen ſammelt, dagegen nicht, wenn es dort erſt durch Menſchenhand zuſammengetragen werden muß, weil dann die perpetua causa

fehlt[b]). Müßte dieſes Zuſammentragen Seitens des Eigenthümers des herrſchenden Grundſtücks geſchehen, ſo wäre die vorliegende Servitut durchaus eine servitus haustus, wo nur der Zweck, wozu das geſchöpfte Waſſer zu benutzen wäre, genau beſtimmt und ſchon durch die Umſtände gegeben wäre. Warum nun das nicht zuläſſig ſein ſoll, iſt nicht abzuſehen, zumal ſonſt der serv. haustus immer die perpetua causa in dieſem Sinne fehlen würde. Darum iſt denn auch dieſe Erklärung ſelten zu finden. Häufiger nimmt man an, daß der Juriſt an den Fall denkt, wo der Eigenthümer des dienenden Grundſtück verpflichtet ſein ſolle, das Waſſer zuſammenzutragen; allein dann würde ſich die Unmöglichkeit einer derartigen Servitut ſchon aus dem Satze: Servitus in faciendo consistere nequit ergeben, und es würde auffallend erſcheinen, daß Paulus in ſeinem Commentar zu Sabinus dieſen Fall nicht ſachgemäßer bei Beſprechung dieſer Lehre behandelte, und ebenſo, daß durch die Worte hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat, von ihm ſelbſt zu der durchaus irrigen Erklärung Veranlaſſung gegeben wird, als ob dann, wenn Regenwaſſer zu jenem künſtlich zuſammengetragenen hinzukomme, eine ſolche auf ein poſitives Thun gerichtete Servitut möglich ſei. Schrader[c]) meint deßhalb auch, das Waſſer werde vom Eigenthümer nicht in Folge einer Verpflichtung der herrſchenden Sache, ſondern aus andern Gründen und der Hauptſache nach zu eigenem Nutzen zuſammengetragen, ſo daß es ſich von ſelbſt verſtehe, daß eine Servitutenklage nicht gegeben werden könne, um ihn zum Zuſammentragen zu zwingen, wohl aber in Frage kommen könne, ob nicht, wenn das Waſſer mal zuſammengetragen ſei, daran aus einer Servitut ein Anſpruch erhoben werden könne. Nur dies leugne Paulus wegen Mangel der perpetua causa für den Fall, wo kein Regenwaſſer zugefloſſen ſei. Wenn wir nun auch kein Gewicht darauf legen wollen, daß die Oeffnung, wodurch nach dieſer Erklärung das Waſſer hineinkommen, und von wo aus es alle Theile des Eſtrichs überſchwemmen ſoll, gerade in *imo* pariete iſt, ſo möchte doch gegen die ganze Auffaſſung, als ſei der Saal die herrſchende

b) So interpretirt, um von vielen nur Einen zu nennen, Glück. Commentar Bd. X. S. 39.

c) Civiliſtiſche Abhandlungen 1816 Abh. X S. 306 ff.

Sache und das ihm zuſtehende Recht der Bezug von Waſſer, der ganze zweite Theil dieſer Stelle ſprechen; denn nachdem zuerſt geſagt wäre: aus der durch den Regen entſtandenen Ciſterne kann der Nachbar zu einem beſtimmten Zwecke vermöge einer Servitut Waſſer ableiten, indem dieſe dann eine causa perpetua hat, fährt er gleich darauf ſo fort: eine perpetua causa müſſen aber alle Servituten haben, und darum darf keine Waſſerleitung beſtellt werden an einem See oder Sumpfe, ſo daß, da doch auch in dieſe Regenwaſſer gelangt, im erſten Theil aus demſelben Grunde etwas erlaubt wird, was im zweiten aus eben demſelben verboten wird. Endlich muß bei dieſer Art die l. 28 zu interpretiren, eine Fülle von Vorausſetzungen in die Stelle hineingetragen werden, welche Paulus gewiß angeführt haben würde, da ſo vieles davon abhängt. Dadurch wird die Auffaſſung Schraders unwahrſcheinlich, wenn ſie uns auch zu keinen gradezu unrichtigen Rechtsregeln führt.

Dieſes kann dagegen von einer andern Erklärungsweiſe behauptet werden, die ebenfalls den Saal als das herrſchende Grundſtück annimmt, aber die dieſem gewährte Befugniß nicht darin finden will, daß es Waſſer erhält, ſondern daß es das Spülwaſſer nach dem Nachbargrundſtück abfließen laſſen kann[d]). Bei dieſer Auffaſſung ſtört ſchon die große Disharmonie, welche dann in der Stelle herrſchen würde, indem zuerſt geſagt würde, das herrſchende Grundſtück könne hier nicht das Recht haben, Waſſer abfließen zu laſſen, weil die Bedingungen der perpetua causa nicht bei ihm, dem herrſchenden Grundſtück erfüllt ſein, dann wird dieſer Satz anſcheinend verallgemeinert, und dennoch daraus gefolgert, Waſſerleitungsſervituten konnten nicht beſtehen, wo das dienende Grundſtück die Bedingungen der perpetua causa nicht erfüllte. Sodann aber gelangen wir auf dieſe Weiſe zu einer Bedeutung der perpetua causa, welche mit vielen uns überlieferten Servitutenbildungen in Conflict ſteht. Denn dann liegt in der Vorſchrift derſelben die Forderung, daß zur Ausübung der Servitut keine poſitive Thätigkeit des Berechtigten nöthig ſei, ſondern daß ſchon ex naturali causa ſolche vor ſich gehe. Daß man dies mit der Zuläſſigkeit der servitus cloacae, fumi immittendi, aquae haustus, ja ſelbſt der Wegeſervituten u. a. nicht vereinen

d) So z. B. E. Hoffmann a. a. O. S. 55.

könne, hat man bald bemerkt und oft durch wunderbare Aushülfsmittel beseitigen wollen. Hoffmann[e]) hat deßhalb einen neuen Weg eingeschlagen und sich dadurch geholfen, daß er als eine Wirkung der perpetua causa die hinstellt, es müsse „die Ausübung der Servitut bloß durch die Mittel möglich sein, welche in der Natur der concreten Servitut enthalten sind", und das soll dann bei den Wegeservituten das Gehen, aber nicht das Schiffen auf einem Flusse sein[f]). Allein dabei ist es nöthig, daß man die einzelnen Servitutenbildungen als bestimmt umgrenzte, ein für alle Mal charakterisirte Arten hinstellt, da man sonst nicht sagen könnte, welches Mittel in der Natur der concreten Servitut enthalten ist, während dagegen unsere obigen Ausführungen bewiesen haben werden, daß der jedesmalige Wille der Constituenten und nur dieser die concrete Servitut in Gemäßheit der Umstände schafft, und daß daher die Frage, ob die Mittel naturgemäß sind, nicht nach der zum Zwecke der Doctrin aufgestellten Kategorie, sondern nach dieser einzelnen vorliegenden Servitut zu beurtheilen ist, und wenn daher ein Fluß den Weg durchschneidet, so ist das naturgemäße Mittel zur Ausübung dieser Wegeservitut nicht bloß das Gehen, sondern auch das Schiffen. Sodann ist aber auch namentlich nicht zu erkennen und auch von Hoffmann nicht speciell ausgeführt, warum das Abspülen des Estrichs ein in der concreten Servitut nicht enthaltenes Mittel sein soll, und schon das möchte ein Beweis sein, wie unbestimmt und schwankend der Inhalt des aufgestellten Erfordernisses ist.

Auf jeden Fall aber bietet die Erklärung, wonach in dem ersten Theil der l. 28 die perpetua causa in der herrschenden Sache fehlen soll, so viele unentwirrbare Schwierigkeiten, daß jede andere Auffassung, welche der Wortlaut gestattet, vorzuziehen ist, und da möchte folgende, schon von Vangerow[g]) kurz angegebene Erklärung meines Erachtens die meisten Gründe für sich haben. In dem ersten Theil der Stelle sagt Paulus: Falls in einem Hause eine Oeffnung sich befinde, durch welche das Wasser, welches zum Abspülen des

e) a. a. O. S. 53 und ff.

f) So erklärt er dann die im folgenden Paragraphen zu behandelnde l. 38 de S. P. R. 8, 3.

g) Leitfaden Bd. I. S. 808.

Eſtrichs gebraucht wurde, auf das benachbarte Grundſtück geleitet werde, ſo könne dadurch nicht eine auf das Fortbeſtehen dieſer Oeffnung gerichtete Realſervitut [etwa eine servitus fluminis non avertendi[h])] erworben ſein. Denn das Loch allein nützt nichts, es erhält erſt Werth durch das Waſſer, was aus demſelben herausfließt, und auf den Bezug dieſes Waſſers wäre daher die Berechtigung gerichtet. Solche aber hat zu ihrer Vorausſetzung die Thätigkeit eines Menſchen, welche, da man auf ſie durch die Servitut kein Recht gewinnen kann, immer etwas Zufälliges bleibt, ſo daß man auch nicht beſtimmen kann, ob die Servitut einen Nutzen gewährt. Anders aber verhält es ſich, wenn der Waſſerfluß wenigſtens in ſeinem Stamme[i]) durch eine natürliche Urſache erzeugt wird, auch wenn er noch ſo unregelmäßig entſteht, wie das bei Regenwaſſer der Fall iſt, und wodurch die hier behandelte Servitut ganz in die Klaſſe der immer erlaubten servitus stillicidii und fluminis non avertendi[k]) kommt. Eine perpetua causa müſſen aber, fährt Paulus im zweiten Theile fort, alle Realſervituten haben, und darum darf auch keine Waſſerleitungsſervitut aus einem See oder Sumpf hergeleitet werden.

Man könnte hier entgegenſetzen, was ich der Schraderſchen Anſicht oben entgegenhielt, daß auf dieſe Weiſe Anfangs eine Waſſerleitung geſtattet werde, die bloß auf Regenwaſſer baſirt ſei, ſpäter aber ſolche da als unzuläſſig erklärt werde, wo doch zu ſchon vorhandenem Waſſer immer noch Regenwaſſer hinzukomme. Allein der Sachverhalt iſt nach beiden Auffaſſungen doch ein anderer. Nach dieſer hier dient das Loch dazu, um das triclinium von Waſſer frei zu halten, und alſo wird der Regen ſich ſofort, wie er gefallen iſt, ſammeln und ganz wie bei der servitus fluminis unter Bewahrung ſeines Charakters als Regenwaſſer auf des Nachbars Grundſtück gelangen. Nach der Schraderſchen Anſicht wird aber das Waſſer

---

h) Flumen iſt der Gegenſatz von stillicidium und bedeutet den Abfluß des Regenwaſſers von einem Dache u. ſ. w. in einen geſammelten Strahl. L. 1 pr. l. 20 § 5 de S. P. U. 8, 2; l. 33 de contr. emt. 18, 1; l. 1 § 17 de aqua et aq. pl. arcend. 39, 3.

i) Das bedeutet das: Hoc verum est, si nihil ex coelo venit.

k) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

erſt in einer Ciſterne geſammelt, (denn daß es ſofort, wie es fällt durch den Saal fließe und den Eſtrich ſpüle, iſt doch gewiß nicht anzunehmen, da dieſer dann ja immer feucht wäre), verliert dadurch den Charakter als Regenwaſſer, und wird daher dem lacus und stagnum ganz gleich. Daß darin der ſtrengen Logik gegenüber immer noch eine Inconſequenz beruht, iſt nicht zu leugnen, aber es iſt dies eine zum Theil durch die Anſchauungen des Lebens und deſſen Bedürfniſſe, zum Theil durch hiſtoriſche Gründe hervorgerufene Inconſequenz, die ſich nicht nur in dieſer Stelle, ſondern ſchon in der Möglichkeit einer servitus stillicidii und anderer zeigt, und von welcher unten mehr geſprochen werden muß. Wollte man zur Widerlegung der obigen Ausführung ſich darauf berufen, eine ſolche Befugniß, das ſchmutzige Spülwaſſer auf ſein Grundſtück leiten zu dürfen, könne nie irgend einen Nutzen gewähren, und es ſei darum nicht zu begreifen, wie jemand hätte fragen können, ob eine derartige Servitut beſtehen könne; ſo wollen wir wiederum nur auf den Werth der Bewäſſerung aufmerkſam machen, und wie ſelbſt in unſern Bauerhäuſern ſehr häufig das Spülwaſſer aus dem Hauſe ſofort auf ein anliegendes Grundſtück fließt und das bewäſſert. Sodann möchte es hier auch ein zu berückſichtigendes Moment ſein, daß dies Waſſer nur zum Abſpülen des Eſtrichs eines Speiſezimmers dient, alſo dabei wenig fremde Subſtanzen aufnehmen und ziemlich rein, wenigſtens zum Behuf der Bewäſſerung von Grundſtücken, ſein wird.

Ein gewichtigerer Grund gegen dieſe ganze hier vorgetragene Auffaſſung könnte aus der unmittelbar folgenden l. 29 de S. P. U. 8, 2 genommen werden. Dieſe lautet:

> ***Pomponius*** libro XXXII ad Quintum Mucium: — Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est, damni infecti stipulationem locum habere.

Eine andere Erklärung, als daß nach dieſer Stelle das Loch in der Mauer des Grundſtücks ſich befindet, welches, wenn die Servitut möglich wäre, das herrſchende ſein würde, und die Servitut demnach am wahrſcheinlichſten in der Befugniß, das Spülwaſſer auf das fremde Grundſtück ablaufen laſſen zu dürfen, beſteht, läßt ſich wohl ohne Zwang kaum geben. Allein die Stelle, welche von einem ganz andern Juriſten ſtammt und ſich urſprünglich auf einen ganz

andren Fall bezogen haben wird, beweiſt uns nur, welchen Sinn die Compilatoren jener l. 28 beigelegt haben. Wenn wir nun berückſichtigen, mit welcher Leichtfertigkeit oft auf den bloßen Wortklang hin namentlich in den Servitutentiteln die Zuſammenſtellung der einzelnen Fragmente geſchehen iſt [l]), ſo wird man dieſem Umſtande zur Interpretation der l. 28 wenig Gewicht beilegen dürfen, und möchte dabei auch das zu berückſichtigen ſein, daß beide Stellen verſchiedenen Klaſſen angehören, die erſte der Sabinianiſchen, die zweite der Edictal-Klaſſe, ſo daß alſo eine gehörige Verarbeitung beider noch weniger zu erwarten iſt.

Nachdem wir ſo den Inhalt der l. 28 de S. R. 8, 3 feſtgeſtellt haben, ſehen wir, daß durch dieſelbe zunächſt der erſte der beiden Sätze bewieſen wird, in welche wir oben die Forderung der causa perpetua auflößten. Es ſoll die Servitut nicht factiſche Vorausſetzungen haben, welche nur durch eine wiederkehrende Thätigkeit des Eigenthümers des dienenden Grundſtücks herbeigeführt werden, ſondern unabhängig von dieſer und ebenſo auch von jeder Thätigkeit einer dritten Perſon lediglich aus den durch die Natur der Sache erzeugten Kräften und den in der Servitutbefugniß enthaltenen Mitteln hergeſtellt werden können. Unſere Quellen möchten uns keine weitere Beiſpiele für dieſe Regel bieten, obgleich doch deren allgemeine Geltung für alle Realſervituten nicht nur durch innere Gründe unterſtützt, ſondern auch durch die allgemeine Beſtimmung der l. 28: *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, unzweifelhaft gemacht wird. Dagegen wird das Leben häufig Fälle ſchaffen, wo ſich dieſe Regel des römiſchen Rechts als anwendbar erweiſt, ſo z. B. wenn es ſich frägt, ob jemand ein Recht auf des Nachbars Rauch zu Gunſten ſeiner Rauchkammer als Realſervitut erwerben kann [m]).

---

l) Vergleiche das oben über l. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5 (§ 14) und über l. 16 de S. P. R. 8, 3 (§ 16) Geſagte, ferner die l. 13 § 1 comm. praed. 8, 4.

m) Mit dieſer Regel mag es zuſammenhängen, daß, wie Ulpian in l. 2 comm. praed. 8, 4 berichtet, nach altem Civilrechte da keine Waſſerleitungsſervitut beſtellt werden konnte, wo das Waſſer erſt mit einem Schöpfrade gehoben werden mußte, bis Kaiſer Antonin auch einer ſolchen Servitut

Die beſprochene l. 28 de S. P. U. weiſt aber in ihrem zweiten Theile auch ſchon auf den zweiten der beiden obigen Sätze, indem ſie eine perpetua causa da leugnet, wo die factiſchen Verhältniſſe derartig ſind, daß vorausſichtlich das zur Ausübung der Servitut nöthige Material durch deren Benutzung in kurzer Zeit erſchöpft ſein wird. Wiederum der Geſichtspunkt, daß die Realſervitut dem herrſchenden Grundſtück eine Eigenſchaft verleihen ſolle, ließ dieſe Forderung aufſtellen, indem ebenſo, wie die von Celſus[n]) als Gleichniß für die Servitut gebrauchten bonitas, salubritas, amplitudo, wenn ſie von Natur einem Grundſtück zu Theil geworden ſind, demſelben bei zweckmäßiger Benutzung nie anders, als durch außerordentliche Unglücksfälle verloren gehen, ſo auch dieſe dem Eigenthümer verliehenen Befugniſſe, nur dann als Realſervituten, alſo als künſtlich erzeugte Eigenſchaften gelten ſollen, wenn dem ganzen Verhältniß nicht von vorne herein der Todeskeim innewohnt und nicht ſchon aus Gründen, die in ihm ſelbſt liegen, eine baldige Beendigung zu erwarten ſteht. Die Endlichkeit alles Irdiſchen, und daß darum jedes Verhältniß mit Nothwendigkeit untergehen muß, werden auch die Römer nicht verkannt haben; allein hier fordern ſie auch nur, daß das Wann und Wie des Untergangs nicht ſchon bei der Conſtituirung der Servitut zu Tage liege.

Die Anwendung dieſer Forderung auf die einzelnen Fälle muß jedoch unter billiger Berückſichtigung aller obwaltender Umſtände und vor Allem der im Verkehr geltenden Anſichten, keineswegs aber bloß nach den Grundſätzen einer auf die Spitze getriebenen Conſequenz

---

Schutz verlieh. Als das Schöpfrad zuerſt üblich wurde, mochte man dieſer ſelbſtändig ohne Menſchenhülfe arbeitenden Maſchine ſo wenig Zutrauen ſchenken, daß man eine regelmäßige, ununterbrochene Speiſung der Waſſerleitung von ihr nicht erwartete, man mochte ſie ferner doch immer nur als ein Werkzeug ihres Eigenthümers (und das war, da ſie mit dem Boden verbunden war, nicht der Servitutberechtigte, ſondern der Eigenthümer der dienenden Sache) anſehen und daher eine Thätigkeit derſelben als eine Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache auffaſſen, von der ja eine Servitut nicht abhängen durfte. Der einmal angenommene Satz blieb beſtehen, auch als man ſich ſchon lange gewöhnt hatte, das Schöpfrad den andren auf der belaſteten Sache befindlichen Vorrichtungen gleich zu ſtellen, und erſt ſpät ſchuf das Recht Abhülfe dagegen.

n) L. 86 de V. S. 50, 16.

geſchehen, wie die in den Quellen behandelten Servitutenbildungen beweiſen mögen. Wir finden dort mehrfach die servitus arenae fodiendae oder die servitus cretae oder lapidis eximendi, und zwar ausdrücklich als Realſervituten erwähnt°), und doch läßt ſich bei dieſen mit Sicherheit vorausſehen, daß, wie auch den mineralogiſchen Erfahrungen der Römer nicht entgangen ſein wird, der Sand-, Kreide- und Steinvorrath auf dem dienenden Grundſtück bei fortgeſetzter Ausübung der Servitut erſchöpft und von der Natur, ſelbſt wenn man mit Plinius ein Wachſen der Steine annehmen wollte, nicht in gleicher Weiſe erneuert wird. Allein der Bedarf des herrſchenden Grundſtücks in dieſen Dingen iſt verhältnißmäßig meiſtens ſo gering, daß bei einem nur einigermaßen größeren Vorrath auf dem dienenden Grundſtück eine Erſchöpfung bei fortgeſetztem Gebrauch doch erſt nach einer ſo langen Reihe von Generationen zu erwarten ſteht, daß dem täglichen Leben das als eine Ewigkeit deucht, was der Mathematiker auf beſtimmte Jahre berechnen kann. Dieſes Urtheil des Verkehrs wird ſich darin manifeſtiren, daß wenn mal der allgemeine Werth einer ſolchen auf eine zwar lange aber doch vorausſichtlich endliche Zeit begründeten Befugniß zu ermitteln iſt, dieſer nicht verſchieden von dem ſein wird, wo das Ende in einer noch viel ſpäteren Zeit zu erwarten ſteht, oder gar kein Ende abzuſehen iſt. Sollte aber in einem Falle das Steinlager u. ſ. w. im Verhältniß zu dem Bedürfniſſe des herrſchenden Grundſtücks ſo gering ſein, daß eine baldige Erſchöpfung auf das Scherſte, erwartet werden kann, ſo möchten auch die oben genannten Servituten wegen Mangels der perpetua causa wenigſtens als Realſervituten unzuläſſig ſein. Zwiſchen dieſen beiden Fällen werden nun manche Uebergänge liegen, wo der Richter faſt nur in ſeinem individuellen Gefühl und ſeinem juriſtiſchen Takt den einzigen Anhaltspunkt für die Entſcheidung der Frage finden wird, ob eine causa perpetua vorhanden und ob die Zeit, in welcher die Befugniß geübt werden kann, ſo lange iſt, daß ſie für die Schätzung des Rechtsverhältniſſes in ſeiner Bedeutung für die Gegenwart der Unendlichkeit gleichkommt, und demſelben noch nicht den Charakter eines nur vorübergehenden und kurz dauernden Zuſtandes zu verleihen vermag.

---

o) L. 5 de S. P. R. 8, 3.

Die Lehre von der perpetua causa hat aber ihre beſondere Ausbildung für die auf Bezug von Waſſer gerichteten Servituten erhalten, und zwar in einer Weiſe, welche dem ſeither aufgeſtellten Geſichtspunkt nicht immer entſpricht, ſondern die ſonſt für die Servitutenerrichtung geſtattete Freiheit mehrfach beſchränkt und Regeln aufſtellt, für die in manchen Fällen ein innerer Grund nicht vorhanden ſein möchte. Schon die l. 28 de S. P. U. ſpricht ganz allgemein den Satz aus, daß an einem See oder Sumpf wegen Mangel der perpetua causa keine Waſſerleitungsſervitut beſtehen kann. Dieſe Regel unterliegt freilich wohl noch der Modification, daß dies nur für ſolche Seen gilt, in denen keine Quellen entſpringen, oder die keinen Zufluß durch Bäche oder Flüſſe erhalten, indem in andern Stellen unter dieſer Bedingung die Möglichkeit einer Waſſerleitungsſervitut anerkannt wird[p]). Allein ſelbſt noch unter dieſer Einſchränkung laſſen ſich Fälle denken, wo dieſer Satz zu Härten führt, welche der Abſicht des Geſetzes nicht entſprechen, indem z. B. dadurch eine Servitut unmöglich wird, welche eine Waſſerleitung zwar an einem See ohne regelmäßigen Zufluß ſchaffen ſoll, aber nur ſo wenig Waſſer zur Speiſung bedarf, daß der Vorrath bis zur nächſten Regenzeit, wo ſich der See wieder füllt, völlig ausreicht, oder welche nur im Frühjahr Nutzen gewähren kann, wo ebenfalls der Waſſervorrath des Winters ſie genügend zu ſpeiſen vermag. Noch auffallender iſt es aber, wenn nicht bloß die Waſſerleitungsſervitut unzuläſſig an ſolchen zuflußloſen Seen erklärt wird, ſondern ſogar jede nur auf das Waſſerſchöpfen gerichtete Servitut[q]), wo es doch noch viel-

p) L. 1 § 8 de aqua quot. 43, 20; l. 1 § 4 de fonte 43, 22. Man hat freilich, da dieſe Stellen zunächſt nur von dem Interdictenſchutz in ſolchem Falle reden, annehmen wollen, daß erſt das prätoriſche Recht die Waſſerleitungsſervituten aus Seen zugelaſſen habe; allein jene Stellen laſſen durchaus nicht vermuthen, daß der Prätor hier etwas Neues eingeführt habe, ſondern er knüpft nur ſein Interdict an die Vorausſetzungen des Civilrechts.

q) Dies ergiebt ſich nämlich daraus, daß Ulpian in der l. un. de fonte 43, 22 zunächſt im §. 1 ſagt:

> Hoc interdictum proponitur ei, qui fontana aqua uti prohibetur; servitutes enim non tantum aquae ducendae esse solent, verum etiam hauriendae; et sicut discretae sunt servitutes ductus aquae, et haustus aquae, ita interdicta separatim redduntur.

mehr auf der Hand liegt, daß für das herrſchende Grundſtück daraus ein dauernder und immer wiederkehrender Vortheil gewonnen werden kann, und es noch viel weniger zu erwarten iſt, daß durch ein bloßes Schöpfen der Teich vor Eintritt der Regenzeit gänzlich geleert wird. Dieſelben Regeln gelten auch für die künſtlich gemachten Waſſerbehälter, für die Ciſternen, welche nur durch Regenwaſſer, nicht durch Quellen gefüllt werden, obgleich ſich auch hier wieder ein dauernder Nutzen denken läßt[r]). Ja ſelbſt, wenn der Gebrauch einer ſolchen Ciſterne dieſelbe auch jedesmal bald erſchöpfen würde, müßte, wenn man lediglich die allgemeinen Principien der römiſchen Servitutenlehre entſcheiden ließe, eine Realſervitut auf Gebrauch des darin befindlichen Waſſers beſtellt werden können, ſobald ſich nur in Regenzeiten die Ciſterne von ſelbſt d. h. ohne Mitwirkung des Eigenthümers derſelben füllen kann. Denn daß eine Servitut ununterbrochen benutzt wird, iſt keineswegs nöthig, und laſſen ſich nur in kurzen von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Perioden gar manche Servituten ausüben, ohne daß ihnen deßhalb die perpetua causa abgeſprochen wird, wie denn ja auch ſelbſt die Waſſerleitungsſervituten ſehr häufig auf beſtimmte Jahres- oder Tageszeiten beſchränkt waren[s]). Nöthig iſt nur, daß vorausſichtlich die Umſtände niemals aufhören, die es möglich machen, daß die Servitut Nutzen gewährt; dieſe ſind aber in dem angenommenen Falle das Klima, in Folge deſſen es von

---

Dann fährt er nach einigen Bemerkungen über die Art der Störung, welche vorhergegangen ſein muß, und die Perſonen, denen das Interdict zuſteht, im §. 4 alſo fort:

> Hoc interdictum de cisterna non competit; nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam; ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit; cisternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat interdictum cessare, si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habeat.

Hier wird alſo in Beziehung auf beide Servituten, auf die Waſſerleitungs- und auf die Waſſerſchöpfungsſervitut, ausgeſprochen, daß den Ciſternen und Teichen die perpetua causa fehlt, wenn ſie nicht viva aqua haben.

r) Vgl. den abgedruckten §. 4 der cit. l. un. de fonte.

s) Selbſt wenn dies dadurch veranlaßt wird, daß nur zu beſtimmten Jahreszeiten ſo viel Quellwaſſer vorhanden iſt, um die Leitung zu füllen, ſind noch Servituten an dieſem Waſſer möglich. Arg. leg 6 de aq. quot. 43, 20.

Zeit zu Zeit regnet, die Vorrichtung, in Folge deſſen ſich das gefallene Regenwaſſer aus einem beſtimmten Umkreiſe an einem Orte ſammelt und dort einige Zeit aufbewahrt wird, ferner die Vorrichtung, wodurch es von dort auf das zu bewäſſernde Grundſtück gebracht werden kann, und endlich der Zuwachs, den die Brauchbarkeit des letztern dadurch erhält, daß noch einige Zeit, nachdem der Regen aufgehört hat, der Boden befeuchtet werden kann; — alſo lauter Verhältniſſe, die meiſtens ebenſo gleichmäßig fortdauern, wie die Vorausſetzungen anderer Realſervituten. Dennoch wird, wie geſagt, hier die Möglichkeit einer servitus aquaeductus oder aquae haustus auf das Beſtimmteſte geleugnet, und merkwürdiger Weiſe hält das prätoriſche Recht die hier vom Civilrecht gezogenen Schranken durchaus feſt, wie namentlich für das Interdict de fonte ſo beſtimmt ausgeſprochen wird [t]).

Die Gründe, welche hier ſolche mit den ſonſt für die Servituten herrſchenden Principien wenig in Einklang ſtehende Beſtimmungen ſchuf, vermag ich nur in den Zeiten zu finden, wo das Recht und namentlich das Servitutenrecht noch weniger entwickelt war. Wir haben ſchon in der Einleitung ausgeführt, wie die Waſſerleitungsſervitut zu den älteſten Servituten gehört und ihre Anfänge in ſehr frühe Zeit zurückreichen. Damals aber trug das ganze Recht noch den Charakter der Starrheit und Unbeholfenheit, und der individuellen Willkühr mochte ſelbſt bei Errichtung der Servituten ein nur geringer Spielraum gewährt ſein [u]). Die Wege- wie die Waſſer-

t) L. un. § 1 et § 4 cit. Vgl. auch l. 1 § 5 und flgd. de aqua quot. 43, 20. Die Worte des Paulus in l. 9 de S. P. R.: hodie tamen ex quocunque loco (servitus aquae ducendae vel hauriendae) constitui solet, ſtellen keineswegs ein anderes Princip auf, ſondern beziehen ſich nur auf den eben vorhergegangenen Satz, wonach früher nur ex capite vel ex fonte Waſſer geleitet werden konnte, und heißen daher nur, daß von jedem Theile eines Baches aus die Waſſerleitung beginnen kann. Der Beweis dafür liegt außer in dem Wortlaut darin, daß dieſe Stelle von Paulus ſtammt, der in der l. 28 de S. P. U. die im Text aufgeſtellte Regel als praktiſch lehrt, und nach ihm noch manche ſpäter Lebende dieſelbe wiederholt haben. Ueber den hier berührten Satz des ältern Rechts, wonach ex capite vel ex fonte das Waſſer zu beziehen ſei, ſiehe unten im ſpeciellen Theil bei der Lehre von den betreffenden Servituten.

u) Vgl. oben § 15 S. 134.

leitungsservituten hielten überall die bestimmten, unabänderlichen Formen ein, unter denen sie sich im Rechte Bahn gebrochen hatten, und dazu mochte auch gehören, daß ein Aquäduct nur an aqua viva bestellt werden könne. Es mußte nämlich alsbald einleuchten, daß ein zuflußloser Teich eine große Wasserleitung nur kurze Zeit speisen und dann für immer erschöpft sein könne, und daß daher durch die Verleihung einer Wasserleitungsbefugniß an einem solchen Teiche nur ein kurzes vorübergehendes Verhältniß entstehen würde, nicht aber darauf ein solches dauerndes Institut basirt werden könnte, wie es mit dem Namen aquaeductus bezeichnet wurde*). Das Recht mußte daher eine Grenze angeben und bestimmen, wie viel Wasser vorhanden sein müsse, um eine derartige Befugniß als Realservitut zu constituiren. Wir haben allgemein für die Servitutenlehre oben das Kriterium gefordert, daß der Schätzung des Verkehrs gemäß die Aussicht auf künftige Erlöschung der Voraussetzungen der Servitut so gering sei, daß das Verhältniß in seiner Bedeutung für die Gegenwart als ein unendliches erscheine. Diese Verweisung auf die Ansichten des Verkehrs war aber für die ältesten Rechtszustände durchaus ungenügend; diese bedurften eines mehr äußerlichen, handgreiflichen Kriteriums, und als solches konnte sich leicht der Satz bilden, daß Wasserleitungen nur möglich sein, wo viva aqua vorhanden sei, da ja dies der gewöhnlichste Fall war, und da bei Beobachtung dieser Regel niemals ein baldiger Untergang der Servitut wegen Wassermangel zu befürchten stand.

War diese Beschränkung nun einmal zur Anerkennung gelangt, so wurde auch mit recht römischer Zähigkeit daran festgehalten, und sie darum auch auf die servitus aquae haustus übertragen, als diese wie wir schon andeuteten, wahrscheinlich in unmittelbaren Anschluß an die Wasserleitungsservitut und in einer Zeit entstand, wo das Recht noch nicht zu der wissenschaftlichen Freiheit und Durchbildung, die es später behauptete, gelangt war. Das Bedürfniß mochte auch niemals dringend genug sein, um diese Beschränkungen für die Wassergerechtigkeiten aufzuheben, und so erhielten sie sich als Singulari-

*) Der Umstand, daß für die meistens sehr großartigen öffentlichen Leitungen derselbe Name gebraucht wurde, zeigt, wie damit der Begriff der Stetigkeit, der fortdauernden Benutzbarkeit verbunden war.

täten, während bei den übrigen Servitutenbildungen entsprechende Vorschriften gänzlich fehlen.

In einer Beziehung erhielt die Wasserleitungsservitut freilich schon im römischen Recht eine Ausdehnung. In ihrer engen Umgrenzung gewährte sie nur das Recht, die zur Leitung von Quellwasser nöthigen Vorrichtungen zu treffen, und setzte darum voraus, daß die erste und wesentlichste Bedingung, Quellwasser, wirklich vorhanden sei. Als aber die Frage entstand, ob nicht auch eine Servitut dahin bestellt werden könne, daß man erst nach Wasser auf dem dienenden Grundstück suchen, und wenn man solches gefunden habe, dasselbe ableiten dürfe, konnte man das nicht leugnen, da man zugelassen hatte, daß andere Servituten, namentlich die städtischen, errichtet wurden, schon ehe alle Voraussetzungen zur Ausübung vorhanden waren[w]); allein eine eigentliche servitus aquaeductus wollte Labeo hier noch nicht zulassen[x]), sondern nahm eine eigene Servitut dieses Inhalts an, Paulus dagegen war weniger streng, und gestattete diese geringe Abweichung von der stereotypen Form der Wasserleitungsservitut[y]).

Wir haben seither die strengen Forderungen, welche hinsichtlich der perpetua causa bei den Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten gemacht werden, als eine ihnen eigenthümliche Singularität dargestellt, und die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch dadurch

---

w) Es hätte nahe gelegen derartige Servituten als bedingte Servituten aufzufassen, so daß die servitus aquaeductus bestellt werde unter der Bedingung, daß Wasser gefunden werde. Allein das war unmöglich wegen des Grundsatzes, daß eine Realservitut unbedingt errichtet werden muß (s. § 19), und so mußte man, sollte eine derartige Servitut gültig bleiben, das Suchen nach Wasser als einen Theil der Servitutbefugniß auffassen.

x) L. 10 de S. P. R. 8, 3. *Paulus* libro XLIX. ad Edictum. — *Labeo* ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat; nam si licet nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aeque licet, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? Et si ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.

y) L. 21. si serv. vindic. 8, 5. *Labeo* libro I. Pithanon a *Paulo* epitomatorum. — Si qua aqua nondum apparet, eius iter, ductus constitui non potest. Paulus: imo puto idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres, et inventam ducere liceret.

bewieſen, daß bei einigen ebenfalls auf Waſſerbezug gerichteten, aber erſt ſpäter entſtandenen ſtädtiſchen Servituten, der servitus stillicidii oder fluminis non avertendi, von dieſem Requiſit der aqua viva durchaus nicht die Rede iſt. Während man durch eine Realſervitut nicht ermächtigt werden konnte, aus einer auf fremden Boden belegenen und durch Regenwaſſer gefüllten Ciſterne Waſſer abzuleiten, konnte man dagegen wohl vermöge einer Realſervitut das auf fremden Boden gefallene Regenwaſſer ſofort, wie es gefallen war, auf ſein Grundſtück ableiten, ohne daß man hier geltend machte, wie ſolches Leitungsrecht nur zeitweilig und nur, wenn zufällig Regen gefallen war, ausgeübt werden konnte. Allein die letztern Servituten hatten einen ganz andern Bildungsgang genommen, man hatte die servitus stillicidii und fluminis zugelaſſen, die dem dienenden Grundſtück auferlegte, das Waſſer vom fremden Dach aufzunehmen, und ſah nun, daß daraus neben der Laſt auch häufig ein Vortheil für den Empfänger des Waſſers entſtehen konnte. Um ihm dieſen Vortheil zu ſichern, damit er nicht durch einſeitige von dem Herrn bewirkte Veränderungen des Daches entzogen werden könne, ſchuf man die servitus stillicidii non avertendi, wahrſcheinlich ohne ſich der Aehnlichkeit mit der in der äußern Erſcheinung ſo ganz verſchiedenen servitus aquaeductus irgend bewußt zu ſein, und ohne daß man daher, wie man das gewöhnlich aufzufaſſen pflegt, den Charakter der aqua viva auf das eben gefallene Regenwaſſer übertrug. Dieſer Begriff iſt nur den alten Servituten des aquaeductus und aquaehaustus eigen.

§. 18.

Fortſetzung. Erforderniß der Nachbarſchaft zwiſchen dem herrſchenden und dienenden Grundſtück.

Nach einer Richtung hin iſt der Lehre, wonach die Servitut derartig ſein muß, daß die Benutzung des herrſchenden Grundſtücks durch dieſelbe befördert wird, eine ganz beſondere Ausbildung zu Theil geworden, indem wir über die Lage, welche das herrſchende und dienende Grundſtück zu einander haben müſſen, ganz detaillirte Vorſchriften in unſern Quellen finden. Sie ſollen benachbart (vicini)

ſein, iſt die wiederholt aufgeſtellte Forderung[a]); daß dieſe aber nur aus der Beobachtung hervorgegangen iſt, daß ein ſolches Servitutverhältniß zwiſchen Grundſtücken, die von einander entfernt ſind, keinen dauernden Nutzen gewähren könne, erfahren wir z. B. aus l. 5 si serv. vind. 8, 5, wo Paulus ſagt:

> Ed ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur, quia donec tu non extollis, est *utilitas servitutis*.

Die Nachbarſchaft wird aber nicht überall in dem Sinne gefordert, daß die beiden Grundſtücke unmittelbar an einander ſtoßen[b]), und das möchte auch der Sinn der l. 6 pr. comm. praed. 8, 4 ſein, wo für den Fall, daß jemand eins ſeiner beiden Grundſtücke veräußert und dabei einem derſelben zu Gunſten des andern eine Servitut beſtellt, geſagt wird: parvique refert *vicinae* sunt ambae aedes, an non; vicinus ſteht da in dem Sinne der unmittelbaren Nachbarſchaft. Man hat freilich auch hieraus (vgl. S. 139) eine Singularität für die durch Retention bei Veräußerung des dienenden Grundſtücks entſtandenen Servituten folgern wollen; allein, wie man keinen genügenden innern Grund für eine ſolche Retention hat anführen können, ſo widerlegt ſich dieſe Anſicht auch noch dadurch, daß Ulpian jenen Zuſatz ſelbſt für den Fall macht, wo zu Gunſten des veräußerten Grundſtücks eine Servitut an dem Grundſtück, welches der ſeitherige Eigenthümer behält, errichtet wird, alſo der Begriff der Retention ganz unanwendbar iſt.

Wenn wir nun dieſes Erforderniß der Vicinität zergliedern, ſo werden wir darin ein doppeltes Moment enthalten finden:

1) Es dürfen die beiden Grundſtücke nicht in einer ſolchen Entfernung von einander liegen, daß die Ausübung der Servitut vorausſichtlich keinerlei Nutzen gewähren kann[c]), oder dieſer doch durch die Mühen und Koſten, welche die weite Entfernung herbeiführt, völlig ausgeglichen wird. Wie groß die Entfernung aus dieſem

---

a) L. 5 § 1 de S. P. R. 8, 1; l. 6 § 5 de act. emt. vend. 19, 1; l. 14 § 3 de alim. legat. 34, 1; l. 17 de stipul. serv. 45, 3.

b) L. 8 pr. de oper. novi nunt. 39, 1.

c) L. 38 et 39 de S. P. U. 8, 2.

Grunde ſein darf, kann natürlich nicht ein für alle Mal feſtgeſetzt werden, ſondern wird dieſe Frage in jedem einzelnen Fall einer ſachverſtändigen Ermittlung aller Umſtände bedürfen, wo wiederum das Urtheil des Verkehrs, in ſo weit es ſich in der Schätzung des Werthes einer ſolchen Berechtigung manifeſtirt, der einzige Anhaltspunkt ſein wird. Es kann mitunter das Recht, Steine zu brechen, Holz zu fällen, Vieh auf die Weide treiben, für ein Grundſtück, das meilenweit von dem belaſteten Boden entfernt iſt, von der größten Bedeutung ſein, und wiederum können dieſe Rechte auf einem allzu entfernten Grundſtück vielleicht nur ſo geübt werden, daß die Koſten der Ausübung weit höher ſind, als der Werth des Ertrags, und ſo keinerlei Vortheil durch die Servitut erreicht wird. Ferner kann eine Berechtigung, welche gegen das Verbauen der Ausſicht ſchützen ſoll, auch wenn das dienende Grundſtück weiter entfernt iſt, das herrſchende Grundſtück, indem ſie ſeine jetzige Ausſicht ſchützt, nach allgemeiner Anſicht angenehmer und darum werthvoller machen; dagegen kann aber auch die Entfernung ſo weit ſein, daß nur ein Sonderling durch vorgenommene Bauten geſtört werden kann, und daher eine Realſervitut nicht zuzulaſſen iſt. Die Grenzen werden auch hier in dem einzelnen Falle häufig ſchwer zu finden ſein, und muß man im Zweifel doch wohl annehmen, daß die Conſtituenten der Servitut am beſten wiſſen mußten, ob die fragliche Befugniß wirklich dem herrſchenden Grundſtück einen dauernden Vortheil gewähre, oder nicht. Doch eben nur im Zweifel wird für die Servitut vermuthet werden müſſen.

Schrader[d]) leugnet freilich, daß die Frage, ob zwei Grundſtücke in dieſem Sinne benachbart ſeien, lediglich nach allgemeinen Rechtsanſichten beantwortet werden könne; denn auch da, wo die Ausübung einer Servitut an einem viele Meilen entfernten Grundſtücke noch Vortheil gewähren könne, ſei doch keine Vicinität im römiſchen Sinne vorhanden. Allein wir haben keine Stelle, wo ein beſtimmter Maaßſtab für die Beurtheilung derſelben angegeben, oder ihr nur eine ſo enge Bedeutung beigelegt wird, und die Art und Weiſe, wie Schrader ſeine Anſicht begründet, vermag uns nicht dafür zu überzeugen. Denn er ſagt, ſolche Berechtigungen an entfernten Grund-

d) Civiliſtiſche Abhandlungen S. 323 ff.

ſtücken könnten der Natur der Sache nach nur Weideſervituten ſein, was, wie die obigen Beiſpiele zeigen, ſchon unrichtig iſt; ſolche Weideſervituten an entfernten Grundſtücken hätten ſich aber bei der ſo gewöhnlichen Weidegerechtigkeit am ager publicus nicht ausbilden können. Die Beſtimmung, daß der Innehaber einer Weideſervitut auf dem dienenden Grundſtück, wenn ſolches bei der Conſtituirung feſtgeſtellt iſt, ein tugurium*), eine Hütte, haben kann, „ut“, wie es ausdrücklich heißt, „si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam“, weiſt aber ſchon darauf hin, wie auch Weideſervituten an nicht grade in der nächſten Nachbarſchaft liegenden Grundſtücken vorgekommen ſein müſſen. Außerdem aber hängt Schraders Behauptung mit der von ihm gehegten Anſicht zuſammen, wonach nur diejenigen Servitutenbildungen nach römiſchem Recht zuläſſig geweſen ſein ſollen, welche ſich erſt im römiſchen Leben Bahn gebrochen hatten, während doch, wie wir im § 15 ausführten, ſchon im klaſſiſchen Recht das Reſultat dieſes Bildungsproceſſes erreicht wurde, daß jede Befugniß Gegenſtand einer anerkannten Realſervitut ſein könne. Demnach möchte Schraders Behauptung nicht bewieſen ſein.

2) Wenn für Realſervituten Vicinität gefordert wird, ſo hat das aber auch weiter die Bedeutung, daß beide Grundſtücke die Lage zu einander haben ſollen, daß die Ausübung nicht durch ein drittes zwiſchenliegendes Grundſtück gehindert wird, und dieſes iſt es ganz beſonders, was die Quellen bei der Forderung der Vicinität im Auge haben. Nach dieſer Richtung unſers an die Spitze geſtellten Satzes hin, kommt daher nichts auf die Länge der Entfernung zwiſchen beiden Grundſtücken an, ſondern auf die Beſchaffenheit deſſen was dazwiſchen liegt. Dabei muß aber zwiſchen zwei Arten der Servituten unterſchieden werden, nämlich zwiſchen denen, welche die Befugniß ertheilen, etwas auf des Nachbars Grundſtück vorzunehmen oder daſelbſt eine Vorrichtung zu haben (poſitive Servituten), und denen, vermöge welcher gewiſſe Handlungen auf dem dienenden Grundſtück nicht von andern vorgenommen werden dürfen (negative Servituten).

Bei dieſer letztern Art iſt zur Ausübung der nur auf ein Verbieten gerichteten Befugniß durchaus nicht erforderlich, daß man eine

*) L. 6 de S. P. R. 8, 3.

Handlung auf dem dazwiſchenliegenden Gebiete vornehme, und darum kann dieſes nur in ſo fern ſtörend auf die Servitut einwirken, als es von einer Beſchaffenheit iſt, welche dem herrſchenden Grundſtück die Vortheile der Servitut entzieht und es für den Berechtigten gleichgültig macht, ob die fraglichen Handlungen auf dem belaſteten Grundſtück vorgenommen werden, oder nicht. Da hier die Servitut eine unnütze wäre, ſo kann ſie wegen mangelnder Vicinität nicht beſtellt werden. Wenn aber die factiſche Beſchaffenheit des zwiſchenliegenden Grundſtücks nicht derartig iſt, ſo könnte möglicher Weiſe die Forderung gemacht werden, es müſſe der nöthigen perpetua causa wegen auch von vorneherein Bürgſchaft vorhanden ſein, daß nicht Aenderungen auf demſelben getroffen würden, welche die Ausübung der Servitut unmöglich machen, und müßte daher nöthigenfalls, wenn nicht ſchon die Natur der Sache derartige hindernde Vorrichtungen undenkbar machte, eine entſprechende Servitut auch dieſem zwiſchenliegenden Grundſtück aufgelegt werden, um jener Servitut an dem entfernten Grundſtück einen dauernden Nutzen zu ſichern. Das römiſche Recht theilt aber nicht dieſe Auffaſſung, ſondern, da es nur in ſo fern eine perpetua causa für die Servituten fordert, als nicht von vorne herein der baldige Untergang ein gewiſſer iſt, ſo genügt es hier, wenn nur nicht ſchon zur Zeit der Servituterrichtung durch die Beſchaffenheit der zwiſchenliegenden Sache eine Unmöglichkeit herbeigeführt wird f). Wenn ſich dann ſpäter die Sache ſo ändert, daß die Benutzung der Servitut keinen Vortheil mehr gewährt, ſo erlöſcht die Servitut auch noch nicht ſofort, ſondern ſie wird nur ſuſpendirt und geht erſt ſpäter in Folge von Nichtgebrauch nach Ablauf einer beſtimmten Zeit gänzlich unter g). Die Aenderung auf dem zwiſchenliegenden Grundſtück kann aber auch derartig ſein, daß die Servitut nicht ganz unnütz wird, ſondern nur theilweiſe, und dann wird auch die Servitut nur theilweiſe ſuſpendirt, ſo wenn z. B. eine Servitut beſteht, vermöge deren von einem entfernten Grundſtück aus die Ausſicht nicht verbaut werden darf, und der Zwiſchenlieger ein Gebäude von mäßiger Höhe errichtet. Hier darf der Servitutberechtigte, ſo lange jenes

f) L. 5 si serv. vind. 8, 5.

g) L. 6 pr. si serv. vind. 8, 5; arg. leg. 13 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

Haus existirt, es nicht verhindern, daß auf dem dienenden Grundstück gebaut wird, wenn nur die durch jenen Zwischenbau noch übrig gelassene Aussicht in keiner Weise dadurch beengt wird. So kann es denn geschehen, daß auf dem dienenden Grundstück nach Umständen noch höher gebaut werden kann, als der Zwischenbau ist.

Bei den positiven Servituten besteht die Ausübung in der Vornahme einer Handlung auf dem dienenden Grundstück, und dazu ist es nöthig, daß man sich selbst dorthin begiebt, oder die entsprechenden Vorrichtungen dort inne hat, und beides ist nur möglich, wenn man auch auf dem zwischenliegenden Grundstück eine entsprechende Handlung vorzunehmen oder eine derartige Vorrichtung inne zu haben vermag. Es genügt aber dazu nicht bloß, daß man das einmal thuen kann, oder daß man es vielleicht gar eigenmächtig und widerrechtlich thut, sondern, damit die Vorschrift über die causa perpetua gewahrt wird und demnach voraussichtlich ein dauerndes Verhältniß hergestellt wird, muß man kraft Rechtens eine solche Handlung vornehmen können. Dieses ist aber nur möglich:

a) wenn der zwischenliegende Ort in der Art ein öffentlicher und zum allgemeinen Gebrauch bestimmter ist, daß gerade die fragliche Handlung darauf von jedem vorgenommen werden kann[h]). Ist diese dagegen untersagt, weil dadurch der allgemeine Gebrauch gestört wird, wie wenn z. B. über einen öffentlichen Weg Wasser geleitet oder derselbe überbaut werden soll, so hindert er die Servitut[i]), und nur wenn obrigkeitliche Erlaubniß erlangt ist, auch diese sonst verbotene Handlung auf dem öffentlichen Orte vorzunehmen, und dadurch derselbe in ein servitutähnliches Verhältniß getreten ist, macht er die Servitut nicht unmöglich[k]). War der zwischenliegende Ort sacer, sanctus oder religiosus, so konnte, da derselben nach heiligem Rechte nicht berührt werden durfte, keine Servitut bestellt werden, die nur über denselben ausgeübt werden konnte[l]).

b) Eine andere Möglichkeit ist die, daß der zwischenliegende

---

h) L. 1 pr. de S. P. U. 8, 2; l. 14 § 2 de serv. 8, 1; l. 17 § 2 de aqua et aq pl. arcend. 39, 3.

i) L. 1 pr. de S. P. U 8, 2.

k) L. 14 § 2 de serv. 8, 1.

l) Daselbst § 1 und l. 17 § 3 de aqua et aq. pl. arc. 39, 3.

Raum dem Berechtigten eigenthümlich gehört, wo er natürlich auf demſelben die zur Ausübung der Servitut nöthigen Handlungen vornehmen kann[m]). Veräußert er das zwiſchenliegende Stück, ohne ihm eine Servitut aufzulegen, ſo kann die alte Servitut nicht mehr geübt werden; ſie iſt daher ſuſpendirt und erwacht erſt wieder, wenn vor Ablauf der Verjährungszeit das zwiſchenliegende Stück von dem Berechtigten zurückerworben[n]), oder ihm eine entſprechende Servitut auferlegt wird[o]). Denn

c) iſt auch da eine Servitut an einem entferntern Grundſtück möglich, wo man durch Servituten an den zwiſchenliegenden Grundſtücken zur Vornahme der entſprechenden Handlungen berechtigt iſt[p]). Es entſteht hier aber die Frage, ob nicht ein Precarium genüge, vermöge deſſen man auf dem zwiſchenliegenden Grundſtück das thuen dürfe, was zur Ausübung der Servitut nöthig iſt. Iſt dies nur dem jetzigen Berechtigten für ſeine Perſon, oder nur auf eine beſtimmte Anzahl Jahre geſtattet, ſo iſt die Servitut wegen Mangels der perpetua causa unzuläſſig; iſt es aber allgemein bis auf Widerruf erlaubt worden, ſo möchte die Analogie der negativen Servituten für die Zuläſſigkeit einer ſolchen Servitut ſprechen. Denn wie es da genügt, daß das zwiſchenliegende Grundſtück nur factiſch die Ausübung der Servitut nicht unmöglich macht, und der Umſtand, daß der Zwiſchenlieger in jedem Augenblick durch Vornahme von Veränderungen die Servitut vereiteln kann, dieſelbe nicht anzugreifen vermag, ſo wird die Möglichkeit, daß das precario Geſtattete jeder Zeit rückgängig gemacht werden kann, auch nicht die Exiſtenz einer derartigen Servitut verhindern können. Einen poſitiven Beleg für dieſe Anſicht finden wir auch in l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 3, wo Paulus ſagt, daß bei einer Theilung des herrſchenden Grundſtücks es für diejenigen, welche entferntere Theile deſſelben erhalten, damit ſie die auf ihren Theil fallende Servitut ausüben können, nöthig ſei, „ut transitum per reliquas partes fundi divisi *iure* habeant, aut

---

m) L. 17 § 3 cit.; l. 7 § 1 comm. pr. 8, 4.

n) L. 13 quemadm. serv. amitt. 8, 3.

o) L. 7 § 1 comm. pr. 8, 4.

p) L. 7 § 1, l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 17 § 4 de aqua et aq. pl. arc. 39, 3.

si proximi patiantur, transeant". Alſo dem iure habere wird entgegengeſetzt die Ausübung in Folge eines pati, alſo auch die in Folgen eines precarium, und wenn daher derſelbe Paulus in l. 7 § 1 de S. P. R. ganz allgemein ſagt:

> In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit,

ſo iſt das eine ungenaue Redeweiſe, und das praedium, quod servit ſoll das ſein, über welches der Uebergang u. ſ. w. geſtattet iſt.

Seither haben wir davon gehandelt, daß eine Servitut nicht an einem entfernteren Grundſtück geübt werden kann, weil rechtliche Gründe die nöthige Benutzung der zwiſchenliegenden Strecke unmöglich machen; ſolche kann aber auch aus factiſchen Gründen ausgeſchloſſen ſein, wie ſich das z. B. von ſelbſt ergiebt, wenn ein unergründlicher Sumpf zwiſchen zwei Grundſtücken liegt, die etwa durch eine Wegeſervitut verbunden werden ſollen. Während man nun aber nach Analogie der ſonſt hinſichtlich der Vicinität geltenden Regeln glauben ſollte, daß die Frage, ob die Ausübung durch die factiſche Beſchaffenheit der zwiſchenliegenden Strecke nicht gehindert werde, ganz mit der zuſammenfalle, ob die Ausübung phyſiſch möglich ſei, ſo wird dennoch von Paulus in zwei Stellen eine Servitut ſchon für unzuläſſig erklärt, weil die Ausübung der Beſchaffenheit der dazwiſchenliegenden Strecke wegen ſchwierig, aber keineswegs unmöglich iſt. In l. 17 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3 ſagt er im § 2, Wegegerechtigkeiten könnten auch an einem jenſeits eines öffentlichen Fluſſes belegenen Grundſtück beſtellt werden, „si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis" und im § 3 fährt er fort: ein Fluß, der an Furten durchwatet werden könne, unterbreche eine Servitut nicht. Darin liegt denn alſo ſchon, daß wenn man nur mit Hülfe eines Schiffes über den Fluß kommen kann, wie das doch auch bei dem größten Fluſſe möglich iſt, gleichwohl auf dem jenſeitigen Ufer keine Servitut beſtellt werden könne. Ganz beſtimmt ſagt dies Paulus denn auch in l. 38 de S. P. R. 8, 3. Dort heißt es: Wenn zwiſchen zwei Grundſtücken ein Fluß fließt[q]), der

---

q) Die Worte lauten: Flumine interveniente via constitui potest, si aut vado transiri potest, aut pontem habeat; diversum, si pontonibus trajiciatur. Haec ita, *si per unius praedia flumen currat*; alioquin

durchwatet werden kann, oder über den eine Brücke führt, ſo kann eine Wegeſervitut zu Gunſten des einen an dem andern conſtituirt werden; dagegen iſt das nicht möglich, wenn man nur mit einer Fähre über denſelben gelangen kann.

Man hat vergeblich nach einem tiefern Princip dieſer Entſcheidung geſucht. Wir erwähnten ſchon im vorigen Paragraphen, wie man aus dem Requiſit der perpetua causa hat ableiten wollen, daß die Servitut bloß durch Mittel möglich ſei, welche in der Natur der concreten Servitut enthalten ſind, und das ſei bei Wegeſervituten das Gehen, nicht aber das Schiffen über einen Fluß. Wir glauben auch ſchon dort dieſe Anſicht widerlegt zu haben. Ferner hat man die Entſcheidung des Paulus durch den Satz motivirt, daß nur die Befugniß Gegenſtand einer Realſervitut ſein könne, welche vorausſichtlich von jedem nachfolgenden Beſitzer des herrſchenden Grundſtücks ausgeübt werden könne; eine ſolche unterbrochene Wegeſervitut könne aber nicht ſchon von jedem Beſitzer als ſolchem geübt werden, ſondern nur von dem, welcher zugleich ein Schiff beſitze. Daß jeder ein ſolches habe, ſei nicht zu vermuthen, und darum fehle der Servitut von vorneherein die perpetua causa. Nun aber wird in l. 23 § 1 de S. P. R. ausdrücklich die servitus navigandi als Realſervitut erwähnt, die doch immer nur dann von dem Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks ausgeübt werden kann, wenn er ein Schiff hat, ebenſo in l. 1 § 8 de mortuo inferendo 11, 8 eine Servitut, vermöge deren man eine Baumaſchine auf fremdem Grundſtück aufſtellen kann, die auch wieder nur von dem benutzt werden kann, der eine ſolche Baumaſchine hat. Demnach darf das Princip von der perpetua causa nicht ſo weit ausgedehnt werden und vermag auch nicht die obigen Entſcheidungen des Paulus über die Wegeſervituten an

---

ei tua praedia mihi vicina sint u. ſ. w. In Verbindung mit den Anfangsworten „Flumine *interveniente*“ können die geſperrt gedruckten Worte nur den Sinn haben, daß der Fluß das Grundſtück, welches das herrſchende ſein ſoll, von dem Grundſtück eines andern, welches belaſtet werden ſoll, trennt, nicht aber den, welchen der Wortlaut allein betrachtet zu fordern ſcheint, daß an beiden Seiten des Fluſſes Grundſtücke deſſelben Herrn liegen, und dieſe die belaſtete Sache ſein ſollen; denn dieſer Fall wird in einem der folgenden Sätze dieſer l. 38 (Sed videamus u. ſ. w.) ausdrücklich beſprochen, und dafür eine entgegengeſetzte Entſcheidung gegeben.

dem jenſeitigen Ufer eines Fluſſes zu rechtfertigen. Aus eigenthümlichen Rechtsverhältniſſen, welche aus dem Charakter des Fluſſes als eines öffentlichen fließen, kann ebenfalls dafür nichts hergeleitet werden, indem es ebenſo jedem freiſteht, auf einem öffentlichen Fluß zu ſchiffen, wie auf einem öffentlichen Weg zu gehen, und daher der Ausübung einer ſolchen Servitut, ſo weit man deßhalb über den Fluß ſetzen muß, kein rechtlicher Grund entgegenſteht.

Es möchte aber auch überhaupt unmöglich ſein, einen andern innern Grund dieſer Beſtimmung aufzufinden, als einen hiſtoriſchen, und dafür ſpricht denn auch vor Allem mit Sicherheit der Umſtand, daß Paulus in den folgenden Sätzen der l. 38 wie oben (§ 9) beſprochen iſt, ganz anders entſcheidet, wenn unmittelbar an das herrſchende Grundſtück ein anderes ſtößt, welches zunächſt mit der Servitut belaſtet wird, und dann erſt ein großer Fluß fließt, welcher die übrigen Grundſtücke trennt. Hier ſollen dieſe letztern doch jenem jenſeitigen Acker dienſtbar und derſelben Wegeſervitut unterworfen ſein, welche ſchon das eine zunächſt liegenden Grundſtück ergriffen hat. Mit Anwendung des durch die Jurisprudenz aufgeſtellten Satzes von der Einheit der über mehrere Grundſtücke gehenden Wegegerechtigkeiten wurde alſo jenes Princip von der Unmöglichkeit einer Wegeſervitut jenſeits eines großen Fluſſes beſeitigt, und das zeigt, wie wenig innere Lebenskraft das letztere hatte, und wie wenig es nach der Anſicht der römiſchen Jurisprudenz mit Nothwendigkeit aus den Grundlehren des Servitutenrechts entſprungen iſt.

Um aber einen hiſtoriſchen Grund für dieſe Beſtimmung aufzufinden, möchte zu berückſichtigen ſein, daß es ſich hier um eine der vier älteſten Servituten, um eine Wegerechtigkeit, handelt, deren erſte Entſtehung ſchon in ſehr frühe Zeit fällt, und für die ſich daher einzelne Regeln auch ſchon ſehr frühe bildeten und dann mit der bekannten Stetigkeit bis in die ſpätere Zeit auch bei veränderten Verhältniſſen erhielten. So kann der vorliegende Satz in jener fernen Vergangenheit wurzeln, wo die Schiffahrt noch in ihren erſten Anfängen begriffen und daher die Ueberfahrt über einen großen Fluß als ein ſchwieriges und ſeltenes Wageſtück galt, wie man es lediglich zum Zwecke der Bewirthſchaftung eines Grundſtücks und in regelmäßiger Wiedererholung nicht unternahm. Ferner kann der Umſtand von Einfluß geweſen ſein, daß die großen Flüſſe in älterer Zeit ſehr

häufig die Grenzen des Territoriums eines Volkes oder einer Kolonie ausmachten[r]), und daher eine Wegeſervitut am jenſeitigen Ufer im fremden Lande beſtanden haben würde, wogegen nicht nur Gründe des öffentlichen Wohls, welche nur auf öffentlichen Wegen und Brücken Verkehr der einzelnen mit dem auswärtigen Staate geſtatteten, ſondern auch die in der älteſten Rechtsauffaſſung bemerkbare Beſchränkung der Rechtsfähigkeit in activer, wie paſſiver Beziehung auf die Angehörigen des eigenen Volkes und den von ihnen unterworfenen Boden wirken mochten.

In derartigen Gründen kann möglicher Weiſe die Entſtehung jenes von Paulus ausgeſprochenen Satzes zu ſuchen ſein, und auf keinen Fall wird er, da ein innerer im Weſen der Servituten liegender Grund nicht aufzufinden iſt, einer Ausdehnung fähig ſein.

§. 19.

Die Bedingungen und Zeitbeſtimmungen bei Realſervituten.

Außer den ſeither beſprochenen und im Weſen der Realſervituten meiſtens vollkommen begründeten Beſchränkungen, welchen die Errichtung ſolcher Servituten unterworfen iſt, wird uns in l. 4 de serv. 8, 1 von Papinian noch von einer Eigenthümlichkeit der Realſervituten berichtet, deren innerer Grund nicht ſogleich entgegentritt, und die gar mannigfache Deutungen erfahren hat. Dieſe Quelle lautet:

> Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quamdiu volam) constitui possunt; sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinianum respondisse Cassius retulit, et sibi placere.

Es ſoll darnach alſo dem ſtrengen Civilrecht zufolge eine Realſervitut nicht ſo beſtellt werden können, daß ſie erſt von einem beſtimmten

---

r) *Hyginus* de condic. agrorum (S. 114 der Bachmanſchen Ausg. der röm. Feldmeſſer) führt die Flüſſe noch als beſ. häufige Territorialgrenzen auf.

künftigen Zeitpunkt oder dem Eintritt einer Bedingung an beſtehen ſoll, und ebenſo wenig in ihrer Exiſtenz durch den Eintritt eines beſtimmten Zeitpunkts oder einer Bedingung aufgehoben werden können[a]). Nur daß die Realſervituten demnach nicht für eine beſtimmte Zeit beſtellt werden können, ſondern dem Civil-Rechte nach immer ewige Zeit dauern, iſt eine Erſcheinung, welche beim Eigenthum und bei den Obligationen[b]) Analogieen findet, dagegen gehören jene übrigen eigenthümlichen Beſtimmungen den Realſervituten ausſchließlich an. Dieſe ſind um ſo auffallender, als es mancherlei Verhältniſſe giebt, wo Servituten gültig beſtellt werden, während ſie doch erſt nach Eintritt eines Termins oder einer Bedingung geübt werden können, und alſo dem Effecte nach als unter einer Zeitbeſtimmung oder einer Bedingung conſtituirt erſcheinen. So ſagt Paulus in l. 7 § 1 communia praed. 8, 4, daß einem einzelnen Grundſtück eine Wegegerechtigkeit auferlegt werden könne, welche erſt convalesciren ſolle, wenn ſie auch den andern zwiſchenliegenden Grundſtücken auferlegt ſei; sicuti, fährt er fort, per plurium praedia servitus imponi etiam diversis temporibus potest. Ferner ſagt Pomponius ganz allgemein in l. 23 § 1 de S. P. U[c]):

> Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest.

---

a) Daß die Art und Weiſe der Ausübung auch in ſo fern von Anfang an geregelt werden kann, als die einzelnen Handlungen, zu denen die Servitut ermächtigt, nur in beſtimmten Friſten, ja vielleicht auch nur beim Eintritt beſtimmter Ereigniſſe, alſo unter Bedingungen, vorgenommen werden können, iſt nach dem früher Behandelten natürlich hierdurch nicht ausgeſchloſſen, und iſt die Exiſtenz der Servitut in ſolchem Falle unbedingt und unbetagt.

b) Es iſt ungenau, wenn z. B. Puchta (Pandecten § 289) ſagt, eine Obligation könne durch den Eintritt eines für ſie geſetzten Endtermins aufgehoben werden, als ob jemand für zehn Tage etwas ſchulden, und nach Ablauf derſelben ipso iure gar nichts ſchulden könne. Nur die Leiſtung, welche aus der Obligation hervorgeht, kann nach der Zeit bemeſſen und daher durch Eintritt eines Endtermins beendet werden, wie z. B. bei einer auf Zeit abgeſchloſſenen Miethe; die Obligation kann dann gleichzeitig auch durch die vollſtändige Leiſtung getilgt ſein, aber eben nur, wenn die Leiſtung vollſtändig geſchehen iſt, nicht allein in Folge des Endtermins.

c) Ebenſo Paulus in l. 10 de S. P. R.

ſo daß alſo z. B. eine servitus oneris ferendi, die einem noch nicht gebauten Hauſe auferlegt iſt, genau genommen der Bauſtelle auferlegt iſt unter der Bedingung, daß das Haus gebaut werde, oder von dem Zeitpunkt an, wo es fertig iſt.

Ebenſo verhält es ſich mit der in l. 10 de S. P. R. 8, 3 und in l. 21 si serv. vind. 8, 5 erwähnten und von uns ſchon im § 17 beſprochenen Servitut, wonach der Berechtigte auf dem Grundſtück nach Waſſer ſuchen, und wenn er ſolches gefunden, auf ſein Grundſtück leiten dürfe; eine Berechtigung, die ſich auflößt in die, Waſſer zu leiten, wenn man ſolches gefunden habe. Denn das Suchen des Waſſers ſelbſt, als ein einmaliger Act, der, wenn er Erfolg gehabt hat, nicht fortgeſetzt wird, kann doch ſtreng genommen nicht als ſelbſtändiges Element der Servitut aufgefaßt werden, ſondern den Inhalt derſelben bildet nur die Befugniß zur Waſſerleitung.

Man kann aber dieſe Erſcheinungen auch nicht damit erklären, daß man ſagt, in dieſen Fällen wäre noch keine Servitut auferlegt, ſondern nur ein Vertrag de servitute constituenda abgeſchloſſen, der unzweifelhaft unter einer Bedingung eingegangen werden kann[d]). Vielmehr wird hier ganz beſtimmt von wirklich definitiv errichteten Servituten geſprochen, da es in l. 10 heißt: „talem servitutem constitui posse“, ferner am Schluß: „Et si ut quaerere liceat, *cedere* possumus, etiam ut inventa ducatur, *cedi* potest“, ſo daß alſo derartige Servituten durch in iure cessio errichtet werden konnten.

Endlich möge noch ein letztes Beiſpiel für die Zuläſſigkeit ſolcher nicht von den Conſtituenten ausdrücklich zugefügten, ſondern durch die Natur der Sache gegebenen Bedingungen der in l. 11 §1 quem adm. serv. amitt. 8, 6 erwähnte Fall ſein, wo der Erbe an einer unter einer Bedingung legirten Sache, während die Bedingung ſchwebt

d) Marcellus in l. 98 de V. O. 45, 1. Von demſelben Marcellus iſt auch die l. 3 de serv. legata 33, 3, worin ohne Weiteres die Gültigkeit eines bedingten Legats einer Wegeſervitut angenommen wird. So lange die Bedingung ſchwebte, iſt noch keine Delation und keine Erwerbung geſchehen, dieſe erfolgt erſt, wenn die Bedingung ſchon eingetreten iſt, und alſo iſt dann die Servitut unbedingt. Daß darum auch Reſolutivbedingung und ein dies ad quem der durch Legat entſtandenen Servitut ohne Weiteres hat zugefügt werden können, folgt noch durchaus nicht aus jener l. 3, wie man ohne Unterſcheidung für alle Fälle hat annehmen wollen.

und also die Sache ihm gehört, eine Servitut bestellt hat, die mit Eintritt der Bedingung ungültig werden muß.

Diese Erscheinungen legen die Vermuthung nahe, daß die erwähnte Vorschrift, welche die Servituten unabhängig von solchen durch die Constituenten zugefügten Zeitbestimmungen und Bedingungen hinstellt, nicht aus dem Wesen der Realservitut mit Nothwendigkeit hervorgeht, sondern dieselbe mehr ein Product der Doctrin ist, und darum vom Leben mit seinen mannigfachen Bedürfnissen und Bildungen nur da recipirt wurde, wo schon die äußere Erscheinung die zugefügte Bedingung oder Zeitbestimmung verrieth, nicht aber da, wo letztere nur durch die Verhältnisse gegeben waren. Man will gewöhnlich die ganze Regel durch die früher allein möglichen Errichtungsformen erklären*) und darum auch bedingte und betagte Servituten durch Legat unbedenklich errichten lassen. Allein einmal konnte der Ususfruct, wie Paulus in Vat. fr. § 48 sagt, trotzdem daß er durch in iure cessio entstand, für eine bestimmte Zeit (ad tempus) bestellt werden, und ferner konnte er noch § 50 daselbst, wenn er durch Retention bei der Mancipation der zu belastenden Sache entstand, von Zeitbestimmungen und Bedingungen jeder Art abhängig gemacht werden, und also nur bei der Entstehung durch in iure cessio hinderte diese Form die Beifügung einer Bedingung oder eines Anfangstermins f). Da nun aber die ältesten Realservituten namentlich durch Mancipation entstanden sind, so kann diese Form nicht das unübersteigliche Hinderniß für die Zufügungen von Bedingungen und Zeitbestimmungen gewesen sein.

Das römische Recht kennt noch manche andere Rechtsverhältnisse, die nicht von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig gemacht sein dürfen, trotzdem daß ihre Wirksamkeit mitunter von dem Eintritt anderer Verhältnisse abhängen kann. Papinian, von dem auch unsere l. 4 de serv. stammt, nennt als solche *actus legitimi* die Emancipation, die Acceptilation, den Erbschaftsantritt, die Auswahl eines Sklaven, falls einem Legatar solche aus einer größern Anzahl gestattet war, und die Ertheilung eines Vormunds. Ein charakte-

e) Eine Geschichte aller Erklärungsversuche findet sich in Schraders civil. Abhandl. S. 326 ff.

f) Vat. fragm. § 49.

riſtiſches Merkmal iſt allen dieſen Verhältniſſen gemein; ſie wollen alle künſtlich ein Reſultat erzeugen, welches regelmäßig ohne willkührliche Acte rein aus der Natur der Umſtände hervorgeht, und darum nicht mehr von Bedingungen abhängen, oder durch willkürliche und nicht aus der Sache ſelbſt hervorgegangenen Zeitbeſtimmungen beengt ſein kann. Die Emancipation erſetzt die regelmäßige Beendigung der väterlichen Gewalt durch den Tod des Vaters, und dieſer iſt immer unbedingt und unbetagt; die Acceptilation erſetzt die Zahlung, von der Gleiches gilt, da man nicht bedingt und betagt zahlen kann, ſondern ganz zahlt oder gar nicht; der Erbſchaftsantritt erſetzt die ipso iure geſchehene Delation an den suus, da dieſe die älteſte und urſprünglichſte Beerbungsform iſt, die optio servi erſetzt die durch den Teſtator ſelbſt geſchehene Vertheilung, die datio tutoris die tutela legitima, welche als das Vorbild der teſtamentariſchen Vormundſchaftsbeſtellungen auch ipso iure eintrat.

Dieſe Beobachtung wird uns nun einen Schlüſſel bieten können, um die Entſtehung jener Vorſchrift, daß dem ſtrengen Rechte nach einer Realſervitut keine Zeitbeſtimmungen oder Bedingungen beigefügt werden dürfen, erklären zu können. Auch von ihnen konnte man nach römiſcher Auffaſſung ſagen „naturam imitantur“; ſie waren beſtimmt die Surrogate für die einem Grundſtück fehlenden, natürlichen Eigenſchaften zu bilden[g]). Nun verändern ſich freilich manche derſelben, ein Wald kann die Eigenſchaften eines Waldes verlieren; allein das iſt nicht von dem bloßen Zeitablauf abhängig, ſondern iſt eine Folge anderer außerordentlicher Umſtände, und dann hatten die Römer meiſtens auch nur jene allgemeinern dauernden Eigenſchaften im Sinne, wie bonitas, salubritas, amplitudo[h]), denen ſie die Servituten ähnlich zu machen ſtrebten.

Daß nun, wie bei jenen ſogenannten actus legitimi die Zufügung einer Bedingung oder eines Anfangs- oder Schlußtermins das ganze Rechtsverhältniß ungültig gemacht habe, und eine ſolche Realſervitut als nicht conſtituirt gegolten habe, davon ſind uns in unſern

g) Auch Cujac (ad Papiniani Quaestiones l. 7 ad l. 4 de serv.) beruft ſich darauf, daß die Servituten Eigenſchaften der Grundſtücke ſind.

h) L. 86 de V. S. 50, 16.

Quellen keine Spuren erhalten, vielmehr galt die Servitut nach der erwähnten l. 4 de serv., die allein direct hiervon handelt, dem Civilrecht als unbetagt und unbedingt. Da aber dem Willen der Conſtituenten ein ſo weiter Spielraum in der ganzen Servitutenlehre eingeräumt iſt, und in allem Andern lediglich in Gemäßheit deſſelben die Servitut auszuüben war, ſo mußte es unbillig erſcheinen, daß gegen den erklärten Willen der Conſtituenten die Servitutbefugniß ausgeübt werden ſollte, und da das Rechtsbewußtſein darin eine ungerechtfertigte Anmaßung erblickte, gab der Prätor gegen alle Klagen, welche eine ſolche Servitut vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins und nach Eintritt der Reſolutivbedingung oder des Endtermins geltend machen wollten, eine exceptio doli. Häufig wird in dem Act der Servituterrichtung auch zugleich ein Vertrag gefunden werden können, worin die Conſtituenten auf Geltendmachung vor Eintritt der Bedingung u. ſ. w. verzichteten, und deßhalb wird auch die ſpeciellere exceptio pacti mitunter zuläſſig ſein. Keineswegs ſind aber die Worte des Marcellus in der oben angeführten l. 4 dahin zu verſtehen, daß immer nur die exceptio pacti zuläſſig wäre, und darum auch nur dann, wenn ein Vertrag in der Servituterrichtung enthalten wäre, und nur ſoweit, als ſolcher wirkſam ſein könne, alſo nur unter den Conſtituenten ſelbſt und ihren Univerſalſucceſſoren [1]), vielmehr muß die daneben erwähnte generelle exceptio doli dem Geiſte gemäß, welcher in der ganzen Servitutenlehre herrſcht, in allen andern Fällen Hülfe ſchaffen, und ſelbſt von ſolchen, die gar nicht Eigenthümer der dienenden Sache ſind, wenn gegen ſie die Servitutenklage wegen Störung der nur nach Civil-Recht noch beſtehenden Servitut erhoben wird, benutzt werden können.

Es entſteht nun aber die Frage: iſt im ſpätern römiſchen Rechte noch zwiſchen den Perſonalſervituten, wo zugefügte Bedingungen ipso iure wirken, und den Realſervituten in dieſer Hinſicht ein anderer erkennbarer praktiſcher Unterſchied vorhanden, als etwa der proceſſualiſche wegen rechtzeitiger Einbringung der Einreden? Folgt man der richtigen Meinung, daß die Negatorienklage allein das Eigenthum zu ihrer Vorausſetzung, und der Kläger ſich nur auf ſolches zu be-

---

1) Zachariä in Hugos civil. Magaz. Bd. II, S. 350 (Ausg. 3).

rufen hat, ſo gelangt man dahin, daß ſie auch da, wo der Servitutberechtigte trotz der zugefügten Bedingungen oder Zeitbeſtimmungen die Servitut ausübt, angeſtellt werden kann, als ob die Servitut gar nicht exiſtirte, und beruft ſich der Verklagte dann auf dieſe, welche iure civili noch beſteht, ſo wird ihm die exceptio doli opponirt, und ihm die weitere Ausübung abgeſprochen, als ob ſie wirklich untergegangen ſei. Nimmt man aber an, daß bei Anſtellung der Negatorienklage bewieſen werden muß, daß keine Servitut exiſtirt, ſo wird ein durchgreifender praktiſcher Unterſchied zwiſchen Real- und Perſonalſervituten angenommen werden müſſen, da bei erſteren nur ein Exceptions- nicht ein Klagrecht aus den zugefügten Bedingungen und Zeitbeſtimmungen entnommen werden und darum auch keine Negatorienklage auf dieſelbe gebaut werden kann. Dieſe iſt aber in den Fällen, wo Interdicte zum Schutz in der Ausübung gegeben ſind, da bei dieſen nur nachzuweiſen iſt, daß man im Quaſibeſitz ſich befinde, dagegen die Frage nach dem Rechtsgrunde ſolcher Ausübung überall nicht ventilirt wird, das einzige Mittel, wodurch ſich der Eigenthümer der dienenden Sache gegen die Anmaßung einer ſolchen, der lex servitutis widerſtreitenden, Ausübung der Servitut zu ſchützen vermag. Heutigen Tags würde ihm freilich die Klagbarkeit der Verträge in etwas helfen.

Mit der ſeither behandelten Frage iſt eine andere nahe verwandt, die hier daher beiläufig erledigt werden mag, nämlich die, ob es möglich iſt, eine Realſervitut ſo zu conſtruiren, daß ihre Ausübung nur gegen eine fortlaufende Renumeration an den Eigenthümern der dienenden Sache Seitens des Servitutberechtigten geſchehen kann. Luden[k]) folgert freilich aus der l. 44, locati 19, 2:

Locare servitutem nemo potest.

daß Unentgeldlichkeit der Ausübung immer ein weſentliches Erforderniß jeder Servitut ſei, allein ſelbſt wenn dieſe Stelle nicht bloß von der Vermiethung einer bereits conſtituirten Servitut Seitens des Berechtigten handelte[l]), ſo iſt durch dieſe die Frage doch nicht nach allen Seiten erledigt.

---

k) Die Lehre von den Servituten S. 25. Gotha 1837.

l) Für den entgegengeſetzten Sinn aber auch gegen Luden, der ſeine Regel für alle Servituten aufſtellt, könnte ſprechen l. 10 C. de usufr. 33, 3:

Es verſteht ſich, daß die Ausübung der Servitut, als eines ſelbſtändigen dinglichen Rechts, allein niemals eine Verpflichtung des Berechtigten herbeiführen kann. Er leitet ja ſeine Berechtigung nur von dem Innehaben der herrſchenden Sache ab, und würde ihn dieſes Innehaben allein zur Vornahme poſitiver Handlungen zu Gunſten anderer nöthigen können, ſo wäre das, wie wir oben ſahen, eine servitus in faciendo und daher unzuläſſig. Nur zu öffentlichen Laſten konnte das Innehaben einer Sache allein ſchon verpflichten, ſie waren die einzigen Reallaſten, die das römiſche Recht kannte, und ſo ſind uns auch Spuren erhalten, daß, wo jemand zu einer res publica in einem realſervitutähnlichen Verhältniß ſtand, er dafür mitunter eine Abgabe entrichten mußte, die möglicher Weiſe freilich auch zur bloßen Erhaltung der nöthigen gemeinſamen Vorrichtung gedient haben kann[m]). Auch ein Vertrag oder eine teſtamentariſche Auflage, wonach der Berechtigte eine Remuneration zahlen ſoll, und wo daher neben der dinglichen Berechtigung eine perſönliche Verpflichtung herläuft, wird, da Singularſucceſſoren daran nicht gebunden ſind, dauernd ein derartiges Verhältniß nicht herſtellen, und wenn auch der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks eine ſelbſtändige Klage auf Leiſtung haben kann, denſelben doch nie in den Stand ſetzen können, die Ausübung der Servitut bis zur geſchehenen Leiſtung zu verhindern, indem Servitut und Verpflichtung ganz unabhängig von einander ſtehen.

Dagegen aber kann der Realſervitut in der Weiſe eine Reſolutivbedingung beigefügt werden, daß, wenn der Berechtigte einmal an dem und dem wiederkehrenden Termine die und die Leiſtung nicht

---

Si domina proprietatis uxori tuae usumfructum locavit sub certa annua praestatione, u. ſ. w.

m) Papinian in l. 41 de action. emti vend. 19. 1. In venditione super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam nihil commemoratum est; deceptus ob eam rem ex emto actionem habebit; itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.

Ulpian in l. 27 § 3 de usufr. 7, 1. Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit.

mache, die Servitut erlöſchen ſolle, ſo daß alſo eine fortlaufende Remuneration für die Ausübung der Servitut indirect herbeigeführt wird. Nur daß eben auch dieſe Reſolutivbedingung bloß ope exceptionis wirkt, und nicht ſelbſtändig auf die Leiſtung geklagt werden kann.

Ein ähnliches Verhältniß kann auch dadurch entſtehen, daß der Berechtigte für die Ausübung einer Realſervitut dem Eigenthümer der dienenden Sache eine andere Servitut an der herrſchenden Sache beſtellt, wo beiden dann die Reſolutivbedingung zugefügt ſein kann, daß ſie erlöſchen ſollen, wenn die andere erliſcht. Wenn nun hier auch die Ausübung der einen die Remuneration für die Ausübung der andern zu ſein ſcheint, ſo iſt doch ſtrenge genommen die eine, um mich ſo auszudrücken, nicht der Mieth- ſondern der Kaufpreis der andern, ihre Conſtituirung iſt für die Conſtituirung der andern ertauſcht worden, und nachdem ſie nun mal conſtituirt ſind, werden ſie völlig unabhängig neben einander geübt. Keiner kann dem andern die Ausübung verweigern, weil ihm ſelbſt noch nicht ſolche geſtattet ſei, und erſt wenn die eine erloſchen iſt, zeigt ſich der Zuſammenhang darin, daß die andere nun auch ope exceptionis erlöſcht.

II. Die Perſonalſervituten.

§. 20.

Arten derſelben.

Während das für die Realſervituten gewonnene Princip, vermöge deſſen die Zahl der Realſervituten unbeſchränkt iſt, eine durchgängige Anerkennung genießt, iſt dagegen die Frage, ob die vier in den Quellen vorzugsweiſe behandelten Perſonalſervituten, der Uſusfruct, der Uſus, die *habitatio*, und die *operae servorum* die einzig möglichen Bildungen dieſer Art ſind, oder ob hier das gleiche Princip der Freiheit, wie bei den Realſervituten gilt, viel ſchwieriger zu löſen, und in den verſchiedenen Perioden der Rechtswiſſenſchaft gar ver-

ſchieden aufgefaßt worden[a]). Es iſt hier um ſo ſchwerer, zu einem unumſtößlichen Reſultat zu gelangen, als, wie es ſcheint, die römiſche Rechtswiſſenſchaft zu einer völligen Durchbildung dieſer Frage nicht gelangt iſt, und auf jeden Fall unſere Quellen manche Lücke bieten.

So ausgeführt auch im römiſchen Recht die Regeln über den Inhalt des Uſusfructs ſind, ſo ſehr ſolche auch auf alle möglichen Fälle angewendet und angepaßt ſind, ſo ſind ſie doch außer für die wenigen ſpät entſtandenen Fälle des geſetzlichen Uſusfructs lediglich Interpretationsregeln, die nur eintreten, wenn Seitens der Conſtituenten nichts anders beſtimmt iſt[b]). Ihrem Willen wurde hier ſchon frühe nicht nur hinſichtlich der Beſtimmungen über Dauer, zuzufügender Bedingungen u. ſ. w., ſondern auch hinſichtlich der über den Umfang des Uſusfructs ein weiter Spielraum eröffnet, und ſo wurde der Begriff des Uſusfructs, ſo beſtimmt er auch für jeden Fall fixirt war, wo der Parteiwillen nichts Abweichendes verfügt hatte, doch im höchſten Grade dehnbar und mannigfaltig. Einzelne regelmäßig in demſelben enthaltene Befugniſſe konnten in einem beſondern Falle dem Uſufructuar entzogen worden ſein, und wurde das für einzelne zugelaſſen, ſo mußte es auch erlaubt ſein, ihm mehrere ja alle außer *einer* zu entziehen, und ſo führt die Conſequenz dahin, daß ſchließlich die Berechtigung zur Vornahme einer einzelnen beſtimmten Handlung, ja ſelbſt eine negative Befugniß der einzige Inhalt des Uſusfructs ſein kann. Ein Gleiches galt für den Uſus, der ebenfalls ſeiner Natur nach auf unendlich viele Verhältniſſe anwendbar und unendlich vieler Modificationen fähig iſt, während die operae servorum und die ſpät zur Selbſtändigkeit gebildete habitatio nicht nur durch den engen Umfang ihrer Anwendbarkeit, ſondern auch durch die ſie auszeichnenden eigenthümlichen Bedingungen und Folgen von vorneherein einer Ausdehnung kaum fähig waren. Während demnach ſchon das Bedürfniß für Bildung anderer Perſonalſervituten, als dieſer vier, viel geringer war, wie das

a) Eine überſichtliche Dogmengeſchichte dieſer Frage iſt von *Zachariä von Lingenthal* in ſeinem Aufſatz: Die irregulären Perſonalſervituten. Archiv für civ. Prax. Bd. 27, S. 1—56. 1846.

b) Das wird z. B. ausdrücklich erwähnt in l. 15 § 6 de usufr. 7, 1.

hinſichtlich der Realſervituten der Fall war, ſo kam noch hinzu, daß das römiſche Recht niemals die Perſonalſervituten ſo begünſtigte, wie dieſe, und ſie vielmehr immer als etwas mehr oder weniger Willkührliches und Ueberflüſſiges anſah, weßhalb denn auch ein Streben in unſern Quellen zu erblicken iſt, alle Perſonalſervituten unter jene Begriffe des Uſusfruct und Uſus zu ſubſumiren.

Während alſo urſprünglich und regelmäßig der Uſusfruct die Befugniß auf den vollen, ausſchließlichen Gebrauch und den Bezug aller Früchte einer Sache gewährt, wird dagegen in l. 6 de S. P. R. 8, 3 die Berechtigung Töpferthon auf einem Grundſtück zu graben, für den Fall, daß ſolche im Intereſſe eines andern Grundſtücks geübt wird, als Realſervitut, für den Fall, wo ſie unabhängig davon, und etwa um die gefertigten Töpfe zu verkaufen, benutzt werden kann, als Uſusfruct aufgefaßt, obgleich doch der dienende Acker gewiß noch andere Vortheile zu gewähren vermochte. Ebenſo iſt im Uſus regelmäßig die ganze Benutzung und daneben auch noch häufig Bezug der Früchte zur unmittelbaren Benutzung enthalten; dagegen wird in l. 37 de S. P. R. eine perſönliche Waſſergerechtigkeit als usus aquae bezeichnet und in l. 6 de servit. legata 33, 3 eine legirte perſönliche Durchgangsgerechtigkeit als usus transeundi dem legatum servitutis plenum entgegengeſetzt. In gleicher Weiſe hält Pomponius in l. 32 de usufr. 7, 1 es noch für nöthig, ſich zur Begründung der Regel, daß man beim Verkauf eines Gutes ſich für ſeine Perſon eine Weidegerechtigkeit an demſelben retiniren könne, darauf zu berufen, daß bei manchen Grundſtücken der Fruchtertrag nur in der Beweidung beſtehe[c]), und alſo auch in ſolchem Falle durch den Uſusfruct nur ein Weiderecht ertheilt werde.

Auf der andern Seite iſt nun aber wieder nicht zu verkennen, daß die römiſchen Juriſten, wenn ſie allgemein vom Uſusfruct reden, meiſtens nur an den Inbegriff ſämmtlicher Nutzungs- und Gebrauchsrechte, nicht an ſolche Berechtigungen zur Vornahme beſtimmter einzelner Befugniſſe denken, ſo wenn Gaius in l. 19 pr. de usuris 22, 1 ſagt, daß da, wo der Uſusfruct in fremden Händen ſei, bei der Vindication des nakten Eigenthums keine Früchte vom Verklagten

c) „Quum ex multis saltibus pastione fructus percipiretur“.

gefordert werden könnten. Aber auch bei Ausbildung der Grundlehren vom Ususfruct hatten sie häufig nur jenen weitern Sinn im Auge, wie namentlich da, wo dem Usufructuar der naturale Besitz an der dienenden Sache zugesprochen wird[d]), indem solcher doch nicht angenommen werden kann, wo der Usufructuar nur das Recht hat, von Zeit zu Zeit auf das dienende Grundstück zu gehen und dort Thon zu holen. Ebenso bezieht sich die Lehre von der Theilbarkeit des Ususfructs ausschließlich auf die Fälle, wo der ganze Fruchtgenuß, worin er auch immer bestehen möge, den Inhalt der Berechtigung bildet, nicht aber, wie wir später weiter ausführen werden, auf die, wo nur eine einzelne Eigenthums-Befugniß Gegenstand der als Ususfruct bezeichneten Servitut ist.

Darum finden wir denn auch die letztern in andern Stellen als eigene Personalservituten bezeichnet, ohne daß versucht wird, sie unter die Kategorieen des ususfructus oder usus unterzubringen. So setzt Papinian in l. 4 de S. P. R. 8, 3 einzelne Servituten sich als Prädial- und Personalservituten gegenüber:

> Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, *praedii* magis, quam *personae videtur*. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non *eadem* praestabitur *servitus*.

Aehnlich in l. 14 de aliment. legat. 34, 1, l. 20 § 3 de S. P. R. 8, 3. Allein diese Arten der Personalservituten sind im römischen Rechte durchaus nicht ausgebildet, es sind nur zufällige Schöpfungen des Willens der Constituenten, und zu dessen Interpretation giebt es keine andere Regeln, als die Analogieen, welche man von der entsprechenden Realservitut, dem Usus oder Ususfruct hernehmen kann. Man könnte sich nun aber zur Begründung der Behauptung, daß das römische Recht die Bildung neuer Personalservituten nicht so ganz in den Willen der Constituenten gesetzt habe, sondern daß selbst dem Ususfruct bestimmte Attribute immer bleiben müßten und daher nicht jede einzelne Befugniß an einer Sache unter dem Begriff des Ususfruct gebracht werden könne, darauf berufen, daß ein usus

---

d) z. B. in l. 12 pr. de acq. vel am. poss. 41, 2. Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.

sine fructu ausdrücklich als unmöglich hingeſtellt werde. Namentlich ſagt Ulpian in l. 14 § 1 et 2. de usu 7, 8:

> Ususfructus an fructus legatur, nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus deest. Et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi *fructus deducto usu* legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius libro quinto ad Sabinum scribit: et si forte usufructu legato fructus adimatur, totum videri ademtum scribit. Sed si fructus sine usu, videri constitutum[e]), qui et ab initio constitui potest. Sed si fructu legato usus adimatur Aristo scribit, nullam esse ademtionem, quae sententia benignior est. — Usu legato, si eidem fructus legetur, Pomponius ait, confundi eum cum usu. Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum.

Hiernach ſoll ein ſolches Legat ungültig ſein, wodurch jemanden der Fruchtertrag einer Sache vermacht, ihm aber ausdrücklich der Gebrauch unterſagt iſt, und zwar nicht etwa ſo weit, als ein dritter die Sache gebrauchen wird, ſondern ganz und gar; er ſoll nach der Abſicht des Teſtators keine Gebrauchshandlung vornehmen, wie ſolche doch erforderlich iſt, um Früchte zu ziehen. Der Grund, warum Ulpian ein ſolches Legat für unzuläſſig erklärt, iſt nicht etwa, weil eine derartige Bildung nicht zu den im Rechte anerkannten Servituten gehöre, ſondern muß inſofern im tiefſten Weſen der Servituten geſucht werden, als ein Recht auf Fruchtbezug, wo jede Gebrauchshandlung an der Sache unterſagt iſt, nur dadurch ausgeübt werden könnte, daß der Eigenthümer der dienenden Sache ſelbſt die Früchte ziehen und ernten, und dann dem Berechtigten herausgeben müßte, ein Verhältniß, welches früheren Ausführungen zufolge durch eine Servitut nicht hergeſtellt werden kann. Darum alſo iſt das Legat eines fructus deducto usu ungültig und alſo konnte, wenn ein fructus d. h. ein Uſusfruct zuerſt legirt war, nicht nachher der usus

---

e) Dieſer Satz wird ſo zu ergänzen ſein: Sed si fructus sine usu adimatur, videri constitutum usum und heißt demnach: Wenn aber der Fructus, allein als ſolcher, ohne den Uſus, d. h. ſoweit er mehr Befugniſſe ertheilt, als dieſer wieder genommen iſt, ſo erſcheint der Uſus als gültig conſtituirt.

entzogen werden. Dieſe Entziehung bezweckte Herſtellung eines rechtlich unmöglichen Verhältniſſes und war daher ebenſo ungültig, wie jenes Legat, welches ſofort ein ſolches erzielen wollte.

Aber nur wo der usus dem Fructuar ausdrücklich entzogen, alſo ihm jede Gebrauchshandlung unterſagt iſt, gilt dieſe Regel; keineswegs auch da, wo einem Andern früher oder gleichzeitig die servitus usus conſtituirt und alſo dem Fructuar auch indirect die in der Servitut enthaltene Befugniß entzogen iſt. Denn wenn ein Uſus beſtellt iſt, und dieſer, wie es in der Regel der Fall ſein wird, nicht das Recht auf ſämmtliche Früchte einſchließt, ſo kann der Eigenthümer der dienenden Sache, nach wie vor, alle dem Uſuar nicht zuſtehenden Früchte ziehen und alle dazu nöthigen Gebrauchshandlungen vornehmen, und darum kann, wenn er das Recht auf den Fruchtbezug weiter als Uſusfruct verleiht, auch der Uſufructuar ſolche Handlungen vornehmen. Demnach laſſen ſich gegen ein derartiges Verhältniß auch nicht die oben gegen einen fructus deducto usu angegebenen Gründe geltend machen und wird dies denn auch ausdrücklich in unſerm l. 14 § 2 am E. und ferner in § 3 daſelbſt und ebenſo in l. 42 de usufr. 7, 1 beſtätigt f).

Das Reſultat unſerer Betrachtungen iſt alſo, daß das römiſche Recht materiell nicht bei den vier normalen Perſonalſervituten in ihrer regelmäßigen Form ſtehen blieb, ſondern daß auch einzelne beſchränkte Befugniſſe durch Perſonalſervituten ertheilt wurden, daß dagegen aber ein gewiſſes Schwanken hinſichtlich der Frage im Rechte zu bemerken iſt, ob dieſe nur Abarten des Uſusfructs und des Uſus, oder ob es eigene Arten von Perſonalſervituten ſeien.

§. 21.

Beſchränkungen der Perſonalſervituten.

Wie alle Privatrechte, ſo erleiden auch die Perſonalſervituten eine Beſchränkung in dem Grundſatze, daß nur die Rechte geſchützt werden, an welchen der Berechtigte ein juriſtiſches Intereſſe hat a),

f) Auf einzelne ſich hieran knüpfende Fragen werden wir ſpäter zurückkommen.

a) L. 15 de serv. 8, 1.

und zwar müſſen ſie, da er der einzigſte Innehaber iſt, ihm perſönlich Vortheil gewähren können, und wäre es auch nur dadurch, daß er ſie möglicherweiſe gegen Remuneration veräußern könnte. Es iſt demgemäß auch nicht nöthig, daß die Servitut ſofort einen Nutzen zu gewähren vermag, ſondern muß ſolcher nur für die Zukunft zu erwarten ſtehen, wie z. B. wenn der Uſusfruct eines Füllen vermacht iſt[b]). Wenn die Perſonalſervituten nun aber einen Vermögenswerth haben, ſo iſt es nicht immer nöthig, daß ſie auch wirklich ſtets dem Vermögen einen pecuniären Zuwachs gewähren, und ihr Ertrag das Vermögen des Berechtigten dauernd vergrößert, ſondern dieſer kann nur zum augenblicklichen Vergnügen gereichen[c]), oder gradezu verloren gehen. Denn in der Herrſchaft über eine Sache liegt auch die Befugniß, ſie nicht zu benutzen. Man hat nun freilich den Ausſpruch des Paulus in l. 8 de serv.:

> Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

auch auf die Perſonalſervituten beziehen und eigenthümliche Beſchränkungen für dieſe daraus ableiten wollen, wie das ſchon die Gloſſe zu dieſer Stelle thut. Allein man hat auch mit Recht dagegen angeführt, wie die allgemeine Faſſung der Stelle nichts beweiſen könne, da servitus gewöhnlich und zumal im achten Buch der Pandekten nur Realſervitut heiße, dagegen aber die in l. 8 genannten Befugniſſe gerade ſolche ſind, wie ſie ſehr häufig da in dem Uſusfruct oder Uſus enthalten ſein werden, wo er in der Totalität verliehen iſt, und ferner auch in l. 14 § 3 de aliment. legat. 34, 1 eine servitus gestandi, alſo das Recht, ſich auf einem Orte in einer Sänfte herum tragen zu laſſen, als Perſonalſervitut erwähnt wird, die doch der servitus spatiandi ganz analog behandelt werden müßte.

Eine andere Beſchränkung der Perſonalſervituten führt E.

---

b) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 18; l. 55 de usufr. 7, 1.

c) Marcianus in l. 41 de usufr. 7, 1. Statuae et imagines usumfructum posse relinqui magis est, quia et ipsae habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponantur. § 1 Licet praedia quaedam talia sint, ut magis in ea impendamus, quam de illis acquiramus, tamen ususfructus eorum relinqui potest. Vergl. L. 28 de usufr. 7, 1.

Hoffmann[d]) an, die wir ebenfalls abweiſen müſſen. Er ſagt, die Servitut dürfe nicht aus Rückſicht für den Eigenthümer in einem Umfange beſtehen, welche die Vernichtung der Subſtanz der Sache zur Folge haben würde, und nach dieſer Meinung müßte alſo in jedem Falle unterſucht werden, ob durch die Ausübung der Servitut die Sache nicht verringert werde, ſo daß z. B. die Befugniß, für die ganze Dauer ſeines Lebens aus einem quellenloſen See größere Waſſermengen abzuleiten, nicht Inhalt einer Perſonalſervitut, ſondern nur einer perſönlichen Forderung ſein könnte, da dadurch mit der Zeit eine Erſchöpfung des Sees zu erwarten ſteht. Wenn nun auch nicht zu verkennen iſt, daß die Römer regelmäßig nur ſolche Perſonalſervituten im Sinne hatten, durch welche die dienende Sache niemals aufgehoben werden konnte, und ſie daher auch die Servitut, welcher man den weiteſten Umfang zuzuerkennen pflegte, ſo definirten:

Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi *salva rerum substantia*[e]).

ſo iſt doch auch wieder ein innerer Grund nicht denkbar, welcher hier, wie bei den Realſervituten, fordern ſollte, daß eine immerwährende Dauer der Perſonalſervitut möglich ſei, oder welcher die Conſtituenten hindern ſollte, nach Belieben über die Sache zu verfügen, ſelbſt wenn durch ſolche Verfügung die Subſtanz der Sache gefährdet wäre und daher die fortgeſetzte Ausübung zum völligen Verluſt der Sache für den Eigenthümer führen müßte. Und daß die Römer denn auch wirklich dieſe Beſchränkung der Perſonalſervituten nicht anerkannt haben, geht daraus hervor, daß ſie dieſelben überhaupt an ſolche Dinge zuließen, die durch den Gebrauch zwar nicht ſofort aufgehoben, aber doch verſchlechtert werden, wie z. B. an Kleidern, an welchen in l. 15 § 4 de usufr. 7, 1 und in l. 9 § 3 ususfructus quemadm. 7, 9, ein wahrer Uſusfruct zugelaſſen wird, trotzdem, daß doch die Benutzung jedesmal mit einer Verſchlechterung verbunden iſt, und endlich einen gänzlichen Verbrauch, alſo mehr noch wie eine Verringerung der Subſtanz nach ſich ziehen muß.

---

d) In ſeinem Aufſatz über den Umfang der Servituten in Sells Jahrbüchern Bd. 2. 1843.

e) L. 1 de usufr. 7, 1.

Deſſen iſt ſich denn auch Ulpian bei Zulaſſung eines Uſusfructs an Kleidern in der citirten l. 9 § 3 völlig bewußt, indem er ſagt, den Erben des Uſufructuars liege keine Erſatzverbindlichkeit ob, wenn die Kleider ohne Argliſt abgenutzt wären und ſo zurückgegeben würden. Die Inſtitutionen (§ 2 de usufr. II, 4) leugnen freilich, daß ein Uſusfruct an Kleidern beſtellt werden könnte, aber nur, weil ſie dieſelben den Sachen, die nicht ihrem Zwecke gemäß gebraucht werden können, ohne auch ganz aufgebraucht zu werden (res consumtibiles), zuzählen.

Ebenſo wird auch in der ſchon erwähnten l. 6 de S. P. R. die Berechtigung, Töpferthon zu graben, als Perſonalſervitut behandelt und da hier dem Berechtigten die Befugniß zugeſprochen iſt, die aus dieſem Thon gefertigten Sachen zu verkaufen, ſo wird die Ausübung der Servitut nicht, wie wir das bei Realſervituten ſahen, nur eine ſehr beſchränkte, und darum eine ſehr lange Zeit hindurch fortzuſetzende ſein, ſondern ſie wird in einer viel mehr umfangreichen Weiſe betrieben werden. Hier konnte es ſich alſo dem Auge nicht verbergen, daß durch eine ſolche Servitut die Subſtanz der Sache angegriffen und vermindert wurde, und gleichwohl wird ſie ohne alle Beſchränkung und Bedingung zugelaſſen. Daraus aber, daß an den res quae usu consumuntur kein wahrer Uſusfruct beſtellt werden kann, und zwar, wie die Inſtitutionen ſagen, neque naturali ratione neque civili, kann für Hoffmanns Anſicht nichts gefolgert werden, indem jener Satz aus dem Umſtand mit Nothwendigkeit hervorgeht, daß jeder ſachgemäße Gebrauch die Sache zerſtört und demnach die Beſtellung eines Uſusfructs für den Eigenthümer eine gänzliche Veräußerung enthalten wird. Bei ſolchen Sachen aber, die durch den einzelnen Gebrauchsakt nur verringert und daher erſt durch eine Reihe ſolcher Acte aufgehoben werden, hängt es noch immer von der längern oder kürzern Dauer des Uſusfructs ab, wie weit die Sache dem Eigenthümer verloren wird, und alſo unterſcheidet ſich eine Uſusfructbeſtellung für ihn noch weſentlich von der Eigenthumsveräußerung. Demnach werden die Perſonalſervituten einer derartigen Beſchränkung nicht unterliegen.

§. 22.

Bedingungen und Zeitbestimmungen bei Personalservituten.

Schon oben erwähnten wir, wie das römische Recht die Personalservituten, für die ja immer von vorneherein ein bestimmter Endigungspunkt dadurch festgesetzt ist, daß sie mit dem individuellen Leben des berechtigten Subjects verbunden sind, viel leichter erlöschen lasse, wie die auf ewige Dauer berechneten Realservituten, und so kann denn namentlich innerhalb der Lebensdauer des Berechtigten noch ein anderer Endtermin festgesetzt werden, und dieser kann entweder von vorne herein bestimmt oder auch von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht sein[a]). Ja die Zufügung eines solchen Endtermins ward so sehr als im Wesen der Personalservitut begriffen angesehen, daß selbst bei einer Bestellung durch in iure cessio, wo bekanntlich das Geschäft ebenso wenig, wie ein wirkliches Judicat, von zugefügten Bedingungen und Terminen abhängig gemacht werden konnte, dennoch ein solcher Endtermin, gleichsam als das Maaß der cedirten Sache völlig zulässig und demnach auch nach dem ius civile völlig wirksam war[b]). Ein in Form einer Resolutivbedingung beigefügter ungewisser Endtermin konnte aber schon nicht mehr in die starre Form der in iure cessio Eingang finden, wohl aber konnte er in letztwilligen Verfügungen, durch welche die Personalservituten, ja am häufigsten errichtet wurden, wie allen andern Legaten, so auch den vermachten Personalservituten mit voller, auch dem Civilrecht gegenüber wirkender Kraft beigefügt werden, und auf gleiche Weise denn auch Suspensivbedingungen und Anfangstermine. Ebenso waren sie bei der Mancipation zulässig, wo die Personalservitut durch Retention bei der Veräußerung einer res mancipi entstand[c]),

---

a) So kann z. B. jemand einen Usufruct an einer Sache seinem Gläubiger bestellen, bis er sich aus dem Ertrage bezahlt gemacht hat. Ein solches Verhältniß liegt vielleicht auch der l. 120 de legat. I. 30 zu Grunde, wo Ulpian sagt: Nihil proponi, cur prohibeatur heres aedificia distrahere, quorum reditus sportulae sunt relictae, salva tamen causa legati.

b) Vat. fragm. § 48.

c) Vat. fragm. § 50.

und im juſtinianiſchen Rechte können ſie bei Anwendung jeder Errichtungsform zugefügt werden. Iſt eine Perſonalſervitut für eine beſtimmte Zeit beſtellt, ſo kann ſie auch nur in dieſer Zeit geübt werden, und wenn der, welcher ſie zu leiſten hat, ſie nicht rechtzeitig beſtellt, ſo muß er den Werth erſetzen. Eine ſpätere Leiſtung der Servitut ſelbſt iſt nicht mehr möglich, da die Zeit, für welche ſie beſtellt iſt, ſo weſentlich mit dem Character der Servitut zuſammenhängt, daß die Perſonalſervitut einer ſpätern Zeit eben eine ganz andere iſt, die der Verpflichtete nicht zu ſtellen und der Berechtigte nicht anzunehmen braucht[d]).

Aus dem Obigen ergiebt ſich, daß auch ſtatt der einen fortdauernden Perſonalſervitut eine Reihe einzelner ſucceſſiv auszuübender beſtellt werden kann, die alle nur eine beſtimmte Zeit dauern und ſich gleichſam ablöſen. Die wichtigſte Wirkung und darum der Vorzug einer ſolchen Beſtellungsart war der, daß wenn der Berechtigte eine Capitis Deminution erlitt, nur die einzelne grade in dem Momente laufende Servitut erloſch, und dagegen am nächſten Anfangstermin eine neue Servitut begann, da die Forderung auf Beſtellung einer ſolchen durch Capitis Deminution nicht unterging. Ferner kann auch eine Perſonalſervitut ſchon im Voraus für den Fall beſtellt werden, daß eine andere zunächſt wirkſame erlöſcht[e]), und auf dieſe Weiſe kann in der oben [§ 12] beſprochenen Weiſe auch eine Beſtellung für die Erben des jetzigen Innehabers geſchehen. Ebenſo können auch mehrere in der Berechtigung ſo abwechſeln, daß jeder nur durch eine beſtimmte Zeit die Servitut inne hat, ſolche aber nach Ablauf der für die andern auch nur temporär Berechtigten beſtimmten Zeit wieder für ihn in Wirkung tritt[f]). Fällt dann einer aus dem Turnus aus, ſo gewinnt dadurch lediglich der Eigenthümer, indem nun für die Zeit, wo jenem die Servitut zukam, kein Berechtigter mehr vorhanden iſt, und alſo die Servitut conſolidirt[g]). Durch eventuelle Beſtellung und gehörige Verklauſulirung ließe ſich freilich auch das vermeiden.

---

d) L. 37 de usufr. 7, 1; l. 6 de usufr. leg. 33, 2.
e) L. 39 § 5 de evict. 21, 2.
f) L. 2 pr. et § 2 quibus mod. usufr. 7, 4
g) L. 2 pr. daſelbſt.

Für einzelne Arten von beigefügten Endterminen giebt Juſtinian in l. 12 C. de usufr. 3, 33 noch beſondere Entſcheidungen, die frühere Zweifel beſeitigen ſollen. Iſt Jemanden ein Uſusfruct für eine beſtimmte Zeit legirt, nach der ein anderer denſelben erhalten ſoll, ſo verliert jener den Uſusfruct in dieſem Termin, möge der, welcher nach ihm berufen iſt, noch leben und den Uſusfruct erwerben können oder nicht. Iſt derſelbe legirt, ſo lange ein anderer vom Wahnſinn ergriffen iſt, oder iſt von einem andern ungewiſſen Umſtande das Ende abhängig gemacht, ſo erlöſcht der Uſusfruct nicht, wenn der Wahnſinnige im Wahnſinn ſtirbt, oder wenn das ſonſtige ungewiſſe Ereigniß nicht mehr eintreten kann, ſondern erſt mit dem Tode des Berechtigten. Den Grund dafür ſucht Juſtinian in der Billigkeit, denn da der Uſusfruct bei Eintritt der Bedingung erloſchen wäre ohne Rückſicht auf das Leben des Berechtigten, ſo ſei es billig (humanum), daß wenn die Bedingung deficire, er auf die ganze Lebensdauer des Berechtigten ausgedehnt werde.

Die ſeither allgemein für die Perſonalſervituten aufgeſtellten Regeln finden ſich durchgängig in den Quellen nur für den Uſusfruct ausgeſprochen, der ja meiſtens als Repräſentant der ganzen Klaſſe erſcheint. Daß ſie aber auch auf die andere umfaſſende Servitutenbildung, den Uſus, anwendbar ſind, möchte ſchon aus der generell gehaltenen l. 3 §. 3 de usufr. 7, 1 hervorgehen:

> Quibus autem modis ususfructus et consistit, et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri [h]),

indem kein aus der Natur des Uſus fließender Grund dagegen ſpricht, und daſſelbe wird für die habitatio und die operae servorum gelten, ſowie für andere Perſonalſervituten, wenn man ſolche nicht unter den Begriff jener beiden Normalſervituten ſubſumiren will.

Um nun ſchließlich die Frage zu erledigen, ob die Perſonalſervituten ſo conſtituirt werden können, daß ſie nur gegen eine fortlaufende Remuneration geübt werden dürfen, ſo kann hier ſolches viel leichter dadurch erreicht werden, daß neben der Berechtigung in Folge eines vielleicht auch bei Conſtituirung der Servitut eingegangenen Vertrages oder in Folge eines Vermächtniſſes an den ſpätern

h) Vgl. l. 1 § 1 de usu 7, 8.

Eigenthümer der Sache, welches der, welcher die Servitut vermachte, in demſelben Teſtamente auferlegte, die Verpflichtung des Berechtigten hergeht, gewiſſe Leiſtungen an den Conſtituenten der Servitut zu machen. Wenn nun auch dieſe Verpflichtung dadurch, daß ſie etwa von der Bedingung abhängig gemacht iſt, daß der Verpflichtete nur zahle, ſo lange er in der Ausübung der Servitut iſt, in einer Hinſicht die Form einer Gegenleiſtung annehmen kann, ſo wird ſie ſich doch dadurch weſentlich unterſcheiden, daß ſie nur den urſprünglichen Conſtituenten der Servitut, als den Paſciscenten, oder den urſprünglichen Onerirten und deren Erben gegenüber wirkſam iſt, nicht aber andern Innehabern der dienenden Sache. Ceſſion der Forderung an dieſe Seitens der erſteren kann in dem einzelnen Falle den Effect hervorbringen, als ob die Leiſtung für die Ausübung der Servitut geſchehe, und ſie wird bei Veräußerungen auch meiſtentheils geſchehen, um den Erwerber für die Belaſtung der Sache zu entſchädigen; aber der Grund der Verpflichtung iſt doch immer nur der Vertrag oder das Vermächtniß. Ebenſo wird der Uſufructuar auch trotz der Veräußerung des Uſusfructs verpflichtet bleiben, wenn nicht etwa der neue Erwerber durch Novation an ſeine Stelle getreten iſt.

Wir finden mehrere derartige Verhältniſſe in unſern Quellen erwähnt; ſo wird in l. 32 § 6 de usu legato 33, 2 der Uſusfruct an einer Erbſchaftsportion, die einem Wahnſinnigen der Proprietät nach zufällt, mit der Auflage ertheilt, daß der Berechtigte dieſen Wahnſinnigen unterhalten ſoll. Aehnliche Verpflichtungen werden dem Uſufructuar durch letztwillige Verfügungen auferlegt in l. 7 § 2 de usufr. 7, 1 und in l. 20 § 2 de aliment. leg. 34, 1. Sodann behandelt auch Diocletian in l. 10 C. de usufr. 3, 33 einen hier einſchlagenden Fall:

> Si domina proprietatis uxori tuae usumfructum locavit sub certa annua praestatione, morte conductricis ei, quae locavit, etiam utendi fruendi causa non est deneganda.

Es möchte unzweifelhaft ſein, daß ususfructus hier auch ſeine ſo ſtreng bewahrte techniſche Bedeutung hat, und hier alſo ein dingliches Recht für Lebzeiten des Erwerbers conſtituirt war, für welches, als ob ein Miethverhältniß vorhanden ſei, in beſtimmten Terminen ein Preis zu bezahlen war. Und damit werden wir auf eine Einrichtung geführt, die für das Verkehrsleben immerhin ihre Bedeutung hat und

einer größern Berücksichtigung werth wäre, indem durch einen solchen mit der Verpflichtung zur Zinszahlung verbundenen Ususfruct für den Usufructuar manche Vortheile erreicht werden, die er auf dem Wege der einfachen Miethe nicht erreichen kann. Namentlich kann er sein Recht auch gegenüber einem spätern Erwerber der dienenden Sache, welcher den Miether austreiben kann, zur Anerkennung bringen. In zweifelhaften Fällen möchte die Vermuthung aber doch für die Miethe, als das häufigere, und die Sache weniger belastende Geschäft streiten.

Eine Remuneration für die Ausübung der Personalservituten kann auch dadurch veranlaßt werden, daß denselben eine Resolutivbedingung in der Art beigefügt wird, daß sie nur so lange dauern solle, als der Berechtigte in bestimmten Terminen eine bestimmte Leistung an den Eigenthümer der dienenden Sache mache, wo natürlich dieser nie eine Klage auf diese Leistung hat, sondern nur die Ausübung der Servitut verhindern kann, wenn die Zahlung nicht erfolgt ist. Da entsteht die Frage, ob in solchem Falle nicht eine Reihe von einzelnen successiven Personalservituten angenommen werden müsse, die von einem Zahlungstermin zum andern dauern, und wenn daher der Berechtigte den einen versäumt und darum die Servitut verwirkt habe, ob er da nicht beim nächsten die Servitut von Neuem fordern könne. Dafür scheinen Stellen wie l. 10 und l. 12 quand. dies leg. veniet 36, 2 zu sprechen, worin gesagt wird, daß wo in annos singulos, quotannis, oder in singulos menses oder dies der Ususfruct legirt sei, nicht ein einzelnes Legat, sondern mehrere sein; ferner die l. 1 § 3 de usufr. accrescendo 7, 2, wo es heißt, er werde jeden Tag von Neuem constituirt. Jene ersten Stellen mußten aber interpretiren, warum diese Zusätze zugefügt waren, und sollten diese nicht ganz müssig sein, so mußte das in solcher Weise geschehen. In unserm hier behandelten Falle haben aber die etwa gebrauchten derartigen Ausdrücke den bestimmten Zweck, die Zahlung der Remuneration zu ordnen, und brauchen sie daher nicht auf einen vom gewöhnlichen Gebrauche abweichenden Willen der Constituenten gedeutet zu werden, vielmehr ist es wahrscheinlich, daß diese wollten, daß die Servitut, wenn nicht mehr bezahlt werde, ganz und gar erlösche, und der Eigenthümer aus der ewigen Ungewißheit, ob der Berechtigte in dem jedesmaligen folgenden Jahre

die Servitut au… hat aber n… zudehnen … abhär… fahr… Personalservituten constituiren zu können, der Besitz eines dem dienenden benachbarten Grundstücks erfordert, auch ist es Regel, wenn auch weiter manche von den Befugnissen, welche durch Realservituten gewöhnlich verliehen zu werden pflegen, selbst da Gegenstand von Personalservituten sein, wo der Berechtigte kein benachbartes Grundstück inne hat, und hier wird denn allerdings die Servitut nur eine Aehnlichkeit mit der betreffenden Realservitut haben; ihr Inhalt wird ein ganz anderer sein, da er nicht durch das Bedürfniß eines Grundstücks bestimmt wird. Diese letztere Art der Servituten pflegt man, um sie von den gleichnamigen Realservituten zu unterscheiden, als irreguläre Personalservituten zu bezeichnen, ein Ausdruck, der wenig Vortheil bringt und dagegen mitunter Veranlassung zu manchem Mißverständniß, oder wie namentlich in neuerer Zeit, zu manchem Wortstreit geworden ist.

So einfach diese Sätze aus dem oben gefundenen Grundsatz der Freiheit in der Errichtung von Personalservituten auch hervorgehen, so wird es doch nöthig sein, einzelne hierher einschlagende Stellen näher zu besprechen, da aus solchen mancherlei falsche Deductionen haben abgeleitet werden sollen.

So giebt es denn zuerst Stellen, welche einzelne Servitutenbildungen ausdrücklich als Realservituten hinstellen, und ihnen den Charakter einer Personalservitut kategorisch absprechen, während doch nach unserer Auffassung jede durch eine Realservitut verliehene Befugniß auch Inhalt einer Personalservitut sein kann. So sagt l. 20 § 3 de S. P. R. 8, 3:

Hauriendi ius non hominis, sed praedii est.

Allein es ist zu berücksichtigen, daß sich für einzelne durch den Willen der Constituenten besonders häufig geschaffene Bildungen bestimmte Formeln und Namen gebildet hatten, und daß der Gebrauch derselben daher immer auf ein bestimmtes hertömmlich so bezeichnetes Institut hinwies. Namentlich aber hatten die einzelnen Realservituten solche feststehende Namen, und so deutete denn der Gebrauch der seit ältester Zeit üblichen Ausdrücke iter, actus, via auf eine Realservitut[e]), der eine Personalservitut als ius oder usus transeundi

e) Z. B. in l. 5 de serv. leg. 33, 3.

entgegengeſetzt zu werden pflegte[d]). Auf dieſe Weiſe haben wir die l. 20 § 3 zu erklären und ebenſo alle die andern Stellen, wo, wie in l. 1 de S. P. R. 8, 3, beſtimmte Servituten der einen oder andern Klaſſe der Praedialſervituten zugerechnet werden.

Es iſt ſodann aber vor Allem die l. 14 § 3 de aliment. legat. 34, 1 zu beſprechen, welche die richtige Auffaſſung dieſer Lehre beſonders erſchwert hat und Widerſprüche bietet, die ſich ohne Anwendung einer Conjecturalkritik nicht werden beſeitigen laſſen[e]). Ulpian erzählt in dem erſten Theil dieſer Stelle (bis Nam) von einem ihm vorgelegten Rechtsfall und ſeiner dafür gegebenen Entſcheidung. Jemand hatte in Gegenden, wo das für das tägliche Leben nöthige Waſſer einen Handelsartikel ausmachte, ſeinen Freigelaſſenen den lebenslänglichen freien Bezug von Waſſer legirt. In der Antwort unterſcheidet Ulpian zwei Fälle, einmal wenn der Teſtator ſelbſt keine eigene Ciſterne hatte, wo dem Erben obliegen ſoll, den Legataren das, was ſolche freie Waſſerbenutzung werth iſt, zu zahlen, alſo die Regeln über Legate fremder Sachen Platz greifen; ſodann den Fall, wenn der Teſtator ſelbſt eine Ciſterne hat. Hier ſoll nach Ulpians Entſcheidung das Legat auch gültig ſein, doch erwähnt er nicht ausdrücklich, von welchem Geſichtspunkt aus er zu dieſem Reſultat gelangt iſt. Allein keinen Zweifel laſſen uns darüber die folgenden Worte, worin Ulpian es nöthig findet, darauf aufmerkſam zu machen, daß der Einwand, es ſei ja eine Servitut an jemanden hinterlaſſen,

d) Doch nicht immer, wie z. B. in l. 15 § 1 de usu leg. 33, 2 geſagt wird, dem Uſufructuar ſei von dem Erben nöthigenfalls eine via über den fremden Acker zu beſtellen.

e) *Ulpianus* lib. II. Fideicommissorum: Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum relinquerat. Consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est; dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo avas promendi, vel areae tuae ad frumenta coteraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.

Während nun um derartige Perſonalſervituten conſtituiren zu können, der Beſitz eines dem dienenden benachbarten Grundſtücks erforderlich iſt, ſo können nun auch weiter manche von den Befugniſſen, welche durch Realſervituten gewöhnlich verliehen zu werden pflegen, ſelbſt da Gegenſtand von Perſonalſervituten ſein, wo der Berechtigte kein benachbartes Grundſtück inne hat, und hier wird denn allerdings die Servitut nur eine Aehnlichkeit mit der betreffenden Realſervitut haben; ihr Inhalt wird ein ganz anderer ſein, da er nicht durch das Bedürfniß eines Grundſtücks beſtimmt wird. Dieſe letztere Art der Servituten pflegt man, um ſie von den gleichnamigen Realſervituten zu unterſcheiden, als irreguläre Perſonalſervituten zu bezeichnen, ein Ausdruck, der wenig Vortheil bringt und dagegen mitunter Veranlaſſung zu manchem Mißverſtändniß, oder wie namentlich in neuerer Zeit, zu manchem Wortſtreit geworden iſt.

So einfach dieſe Sätze aus dem oben gefundenen Grundſatz der Freiheit in der Errichtung von Perſonalſervituten auch hervorgehen, ſo wird es doch nöthig ſein, einzelne hierher einſchlagende Stellen näher zu beſprechen, da aus ſolchen mancherlei falſche Deductionen haben abgeleitet werden ſollen.

So giebt es denn zuerſt Stellen, welche einzelne Servitutenbildungen ausdrücklich als Realſervituten hinſtellen, und ihnen den Charakter einer Perſonalſervitut kategoriſch abſprechen, während doch nach unſerer Auffaſſung jede durch eine Realſervitut verliehene Befugniß auch Inhalt einer Perſonalſervitut ſein kann. So ſagt l. 20 § 3 de S. P. R. 8, 3:

Hauriendi ius non hominis, sed praedii est.

Allein es iſt zu berückſichtigen, daß ſich für einzelne durch den Willen der Conſtituenten beſonders häufig geſchaffene Bildungen beſtimmte Formeln und Namen gebildet hatten, und daß der Gebrauch derſelben daher immer auf ein beſtimmtes hertömmlich ſo bezeichnetes Inſtitut hinwies. Namentlich aber hatten die einzelnen Realſervituten ſolche feſtſtehende Namen, und ſo deutete denn der Gebrauch der ſeit älteſter Zeit üblichen Ausdrücke iter, actus, via auf eine Realſervitut[e]), der eine Perſonalſervitut als ius oder usus transeundi

e) Z. B. in l. 5 de serv. leg. 33, 3.

entgegengeſetzt zu werden pflegte[d]). Auf dieſe Weiſe haben wir die l. 20 § 3 zu erklären und ebenſo alle die andern Stellen, wo, wie in l. 1 de S. P. R. 8, 3, beſtimmte Servituten der einen oder andern Klaſſe der Praedialſervituten zugerechnet werden.

Es iſt ſodann aber vor Allem die l. 14 § 3 de aliment. legat. 34, 1 zu beſprechen, welche die richtige Auffaſſung dieſer Lehre beſonders erſchwert hat und Widerſprüche bietet, die ſich ohne Anwendung einer Conjecturalkritik nicht werden beſeitigen laſſen[e]). Ulpian erzählt in dem erſten Theil dieſer Stelle (bis Nam) von einem ihm vorgelegten Rechtsfall und ſeiner dafür gegebenen Entſcheidung. Jemand hatte in Gegenden, wo das für das tägliche Leben nöthige Waſſer einen Handelsartikel ausmachte, ſeinen Freigelaſſenen den lebenslänglichen freien Bezug von Waſſer legirt. In der Antwort unterſcheidet Ulpian zwei Fälle, einmal wenn der Teſtator ſelbſt keine eigene Ciſterne hatte, wo dem Erben obliegen ſoll, den Legataren das, was ſolche freie Waſſerbenutzung werth iſt, zu zahlen, alſo die Regeln über Legate fremder Sachen Platz greifen; ſodann den Fall, wenn der Teſtator ſelbſt eine Ciſterne hat. Hier ſoll nach Ulpians Entſcheidung das Legat auch gültig ſein, doch erwähnt er nicht ausdrücklich, von welchem Geſichtspunkt aus er zu dieſem Reſultat gelangt iſt. Allein keinen Zweifel laſſen uns darüber die folgenden Worte, worin Ulpian es nöthig findet, darauf aufmerkſam zu machen, daß der Einwand, es ſei ja eine Servitut an jemanden hinterlaſſen,

d) Doch nicht immer, wie z. B. in l. 15 § 1 de usu leg. 33, 2 geſagt wird, dem Uſufructuar ſei von dem Erben nöthigenfalls eine via über den ererbten Acker zu beſtellen.

e) *Ulpianus* lib. II. Fideicommissorum: Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum relinquerat. Consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est; dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo arua promendi, vel areae tuae ad frumenta coteraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.

der kein benachbartes Grundstück inne habe, die Gültigkeit eines solchen Fideicommisses nicht umzustoßen vermöge. Ein derartiger Einwand war, wenn er nicht von vorneherein ganz absurd sein sollte, nur möglich, wenn man in der testamentarischen Disposition die Constituirung einer auf Wasserbezug gerichteten Servitut sah, und widerlegt sich daher durch diesen Satz, wie schon oft ausgeführt ist, vollständig die Annahme der Glosse, wonach der Jurist hier bloß von einem persönlichen Anspruch an den Erben handle. Dieser erste Theil der Stelle beweißt also, daß eine auf Wasserbezug gerichtete Servitut, die ja regelmäßig als Realservitut erscheint, auch ganz unabhängig von der Benutzung und dem Besitz eines herrschenden Grundstücks und als reine Personalservitut bestellt werden kann.

In dem zweiten Theil scheint nun aber der Jurist einen Satz aufzustellen, der jenem ersten gradezu widerspricht. Denn darnach soll das Recht, Wasser zu schöpfen und Vieh zum Wasser zu treiben, zwar Inhalt einer Personalservitut sein, jedoch demjenigen, der kein benachbartes Grundstück hat, gültig nicht hinterlassen werden können. Und dasselbe soll gelten für das Recht, sich in einer Sänfte irgend wo herum tragen lassen, oder Wein irgendwo keltern oder Korn irgendwo ausdröschen zu dürfen. Diesen Ausspruch hat man vergeblich mit dem ersten Theil der Stelle, wie solche allein richtig verstanden werden kann, zu vereinigen versucht, und hat sich daher schon seit Cujac genöthigt gesehen, das „inutiliter relinquit“ in ein „utiliter“ oder „non inutiliter relinquit“ zu verwandeln, und ferner hat man die gebräuchliche Interpunction dieses Satzes dahin geändert, daß man so schreibt:

> Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus, personae tamen ejus (wie man dann richtiger statt ei setzte), qui vicinus non est, utiliter relinquitur.

Und so bestätigt dieser Satz nur den ersteren, daß diese Berechtigungen, obwohl sie Servituten sind, doch auch zu Gunsten solcher, die kein benachbartes Grundstück haben, hinterlassen werden können, ja von einer dieser Berechtigungen, dem ius gestandi erscheint es sogar, da es mit dem ius ambulandi die größte Aehnlichkeit hat, höchst zweifelhaft, ob es Inhalt einer Prädialservitut sein kann, was von dem eben genannten Recht, irgendwo spaziren zu gehen, bekannt-

lich auf das bestimmteste geleugnet wird [f]). Und auch dieser Umstand macht jeden andern Erklärungsversuch dieses Widerspruchs unmöglich. Die Schlußworte: haec enim aqua personae relinquitur, die man weder als einen Theil des von Ulpian ertheilten Responsums erklären kann, der durch die Zwischenbemerkung von dem ersten Theil getrennt ist, indem dann die indirecte Rede hätte bewahrt werden müssen, noch als eine Rückanwendung der besprochenen Beispiele auf jenen an die Spitze gestellten Fall, indem dann ein illa oder ista auf das lange vorher erwähnte Wasser hätte hinweisen müssen, wird man passend nach Zachariä von Lingenthals Vorschlag [g]) dahin verbessern:

haec enim *aeque* personae relinquuntur,

d. h. alle die genannten Rechte können Gegenstand einer Personalservitut sein: eine Recapitulation, welche der Zusammenhang nicht nur gestattet, sondern sogar erforderlich macht.

---

§. 24.

Rückblick.

Wenn wir nun auch seither sowohl für Real- als für Personalservituten zu dem Resultate gelangt sind, daß durch dieselben die Herrschaft über jede einzelne Eigenschaft einer Sache, durch welche sie Nutzen zu gewähren vermag, dem Eigenthümer entzogen werden kann; so haben wir doch auch zugleich die Mittel kennen gelernt, welcher sich das Recht bedient, um einer zu großen Ausdehnung der Servituten entgegenzuarbeiten und um zu verhindern, daß das Eigenthum, das zwar dem Begriffe nach niemals durch Servituterrichtung aufgehoben werden kann, doch nicht zu etwas rein Illusorischem

---

f) L. 8 de serv. 8, 1.

g) Archiv a. a. O. S. 47.

werde, dem alle positiven Vortheile entzogen sind. Diese Mittel bestehen nämlich darin, daß

1) für Personalservituten, welche ihrem Umfange nach die Gesammtheit aller und jeder Vortheile, die aus der Sache gezogen werden können, möglicher Weise umfassen, immer die temporäre Beschränkung auf die Lebenszeit des Berechtigten bewirken muß, daß dem Eigenthümer die sichere und wohlbegründete Hoffnung auf die spätere Wiedervereinigung der abgelößten Eigenschaften bleibt, und darum das Eigenthum immer einen Werth für ihn behält. Im spätern Rechte ist allerdings, wie wir am Schluß des § 12 ausgeführt haben, diese Schranke durch Zulassung der Servitutbestellung zu Gunsten der Erben des ersten Innehabers durchbrochen worden; allein zur Aufstellung einer neuen Schranke hat das römische Rechtsleben und auch wohl unseres keine Veranlassung geboten.

2) Prädialservituten, welche ihrer Dauer nach unbeschränkt sind, werden durch die Bestimmungen über den Vortheil, welchen sie bei der Benutzung der herrschenden Sache gewähren müssen, eingeschränkt, so daß dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks, wenn er auch nicht auf den Heimfall der veräußerten Befugnisse rechnen darf, doch meistentheils eine Reihe von Eigenthumsbefugnissen bleibt, aus denen er Nutzen zu gewinnen vermag, indem die oben gegebenen Regeln es nur sehr selten zulassen werden, daß alle nutzbringenden Eigenschaften eines Grundstücks von diesem abgelößt und einem andern durch Errichtung von Prädialservituten zugefügt werden können. Es giebt allerdings solche Fälle, indem z. B. ein dienendes Grundstück so klein sein kann, daß es nur soviel producirt, als zur Ernährung der vier Stück Vieh, welche in Folge einer Weidegerechtigkeit das ganze Jahr hindurch dort weiden können, durchaus nöthig ist, so daß jede andere sachgemäße Benutzung die Servitutberechtigten stören wird; die Servituterrichtung kann daher in solchem Falle eine versteckte Eigenthumsübertragung sein, welche die etwa dafür vorgeschriebene schwierigere Form vermeiden will. Ferner können in solchem Falle durch Dereliction des jetzt werthlos gewordenen Eigenthums Seitens des Eigenthümers mancherlei Inconvenienzen für öffentliche und für Privatrechtsverhältnisse entstehen; allein bei der großen Seltenheit der dafür nöthigen Bedingungen und den größern Vortheilen, die doch immer das Eigenthum gegen-

über den Servituten z. B. durch längere Verjährungszeiten, Klagen, freie Dispoſition u. ſ. w. verleiht, hat das Recht ſeither auch in den gegebenen Beſtimmungen einen genügenden Schutz gegen allen Mißbrauch der Realſervituten gefunden.

Daß nun aber die römiſche Jurisprudenz ſich auch wirklich des Beſtrebens bewußt war, daß das Eigenthum nicht allzu ſehr beſchränkt werde, erſehen wir z. B. aus l. 3 § 2 de usufr. 7, 1, wo Gaius ſagt:

> Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum et ad proprietatem reverti. Vgl. l. 14. C. de usufr. 3, 33.

§. 25.

Ausmittelung des Umfangs der Servituten in den einzelnen Fällen.

Wenn, wie wir ſeither auszuführen verſuchten, der jedesmalige Inhalt der Servituten, abgeſehen von den Fällen des geſetzlichen Ususfructs, nur durch den Willen der Conſtituenten geſchaffen wird, ſo ergiebt ſich daraus ſchon, wie es für den Beſtand der Servituten weſentlich erforderlich iſt, daß dieſer Wille ſich ſo manifeſtirt hat, daß er mit Sicherheit erkannt werden kann: Das Recht fordert nun aber nicht, daß ſogleich bei der Conſtituirung einer Servitut dieſelbe nach allen Seiten hin ſcharf umgränzt und jede mögliche Wirkung im Voraus ausdrücklich beſtimmt werde, ſondern es überläßt dem richterlichen Ermeſſen um ſo mehr die Ergänzung der Seitens der Conſtituenten feſtgeſetzten Beſtimmungen durch analoge Ausdehnung unter Berückſichtigung der thatſächlichen Verhältniſſe, als es oft unmöglich ſein möchte, alle und jede Beziehungen zwiſchen Servitutberechtigten und Eigenthümer von vorne herein unter beſtimmt gefaßte Regeln zu bringen, zumal da die Servituten ſelten ein nach Außen hin abgerundetes und abgeſchloſſenes Gebiet haben, deſſen Grenzen ſchon gleichſam durch die Natur bezeichnet werden. Damit nun aber für alle vorkommenden Fragen durch analoge Ausdehnung der wahrſcheinliche Wille der Conſtituenten erkannt werden kann, muß ſolcher wenigſtens für die Hauptmomente der Servitut

in gehöriger Form geäußert ſein, und wo dieſes unterlaſſen iſt, wird die Exiſtenz einer Servitut nicht angenommen werden dürfen. So ſagt Paulus in l. 7 pr. com. praed. 8, 4[a]), daß, wenn bei der Tradition eines Hauſes der Trident ſchlechtweg geſagt habe, dieſes ſolle einem andern Hauſe dienen, ſo gelte das für nichts, weil es zu unbeſtimmt ſei, worin dieſe Servitut beſtehen ſolle. Er fügt noch eine andere Möglichkeit hinzu: es könnte in Folge deſſen jede Servitut, d. h. alſo jede, welche dem ändern Grundſtück Vortheil gewährt, durch dieſe Beſtimmung dem tradirten Hauſe auferlegt worden ſein; allein, wenn Paulus auch unbeſtimmt läßt, wo dieſe Erklärung derartiger Worte vorgezogen werden muß, ſo darf ſie doch allgemeinen Regeln nach nur da angenommen werden, wo beſtimmte Momente auf einen ſolchen immerhin auffallenden Willen der Parteien hinwieſen. Daſſelbe würde gelten, wenn allgemein eine Perſonalſervitut conſtituirt wäre, nur daß da vielleicht der Sprachgebrauch mehr dafür ſprechen möchte, daß die wichtigſte, häufigſte und umfaſſendſte Perſonalſervitut der Uſusfruct, beabſichtigt worden ſei.

Um nun den Willen der Conſtituenten über die Beſchaffenheit der auferlegten Servitut kennen zu lernen, wird oft die gewählte Bezeichnung ſchon einen genügenden Anhaltspunkt gewähren, indem für häufiger vorkommende Bildungen beſtimmte Namen entſtehen, und wird es dann die Aufgabe der Jurisprudenz ſein, zu erforſchen, wie das Rechtsverhältniß in allen ſeinen Theilen beſchaffen iſt, welches das Leben mit dieſem Namen zu bezeichnen pflegt. Hierin bietet uns die römiſche Rechtswiſſenſchaft bewunderungswürdige Vorbilder, die aber auch nur als Vorbilder zu benutzen und nur ſoweit unmittelbar anzuwenden ſind, als die factiſchen Verhältniſſe bei uns dieſelben ſind, und wir Bezeichnungen haben, die ganz und gar mit den entſprechenden römiſchen Worten gleichbedeutend ſind, wie das z. B. hinſichtlich „*ususfructus*“ und „Nießbrauch“ oder des auch bei uns üblichen „Uſusfruct“ der Fall iſt.

Doch nicht immer wird die Anwendung eines durch den Sprach-

a) In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.

gebrauch mit einer beſtimmten Servitutenbildung verbundenen Ausdrucks ſchon genügen, um ein ſicheres Bild von der durch die Parteien beabſichtigten Servitut zu gewähren, und das wird namentlich nicht der Fall ſein, wenn dieſelbe ſich nicht über das ganze als dienend bezeichnete Grundſtück erſtrecken ſoll, ſondern ihrer Natur nach nur einen Theil davon berühren kann. So wenn einem größern Grundſtück allgemein eine Wegeſervitut, oder eine servitus protegendi, tignum immittendi u. ſ. w. aufgelegt iſt. Der größere oder geringere Umfang, auf den ſie ſich erſtreckt, die Lage des Theils, welchem die Laſt ausſchließlich obliegen ſoll, werden der Berechtigung und der daraus fließenden Eigenthumsverminderung einen ganz verſchiedenen Charakter zu verleihen im Stande ſein.

Es hätte nahe gelegen, in ſolchem Falle anzunehmen, die Servitut exiſtire noch gar nicht, ſondern ſei noch von der Suſpenſivbedingung abhäng gemacht, daß zunächſt der dienende Ort näher zu beſtimmen ſei; allein das römiſche Recht räumte, wie im § 19 ausgeführt iſt, den Bedingungen bei Realſervituten eine ſehr geringe Wirkſamkeit ein, und ſchlug daher einen andern Weg ein. Für die Waſſerleitungsſervitut und für alle Wegeſervituten wird nämlich ausdrücklich beſtimmt, daß in ſolchem Falle das ganze belaſtete Grundſtück dienen ſolle und der Berechtigte daher die Wahl habe, wo er die Servitut ausüben wolle. So ſagt Paulus in l. 21 de S. P. R. 8, 3.

> Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet. Vgl. l. 8 de aqua quotid. et aest. 43, 20.

und Celſus in l. 9 de serv. 8, 1.

> Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem ire agere licebit, civiliter modo[b]).

b) Wenn Paulus dagegen in l. 26 de S. P. R. ſagt:

> Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem, si modo nulla captio legatario in servitute fit,

und demnach die Wahl dem Eigenthümer der belaſteten Sache zuſpricht, wobei nur der Servitutberechtigte nicht poſitiv Schaden erleiden darf, ſo kann man das nicht als eine Singularität für alle durch letztwillige Verfügungen entſtandene

in gehöriger Form geäußert ſein, und wo dieſes unterlaſſen iſt, wird die Exiſtenz einer Servitut nicht angenommen werden dürfen. So ſagt Paulus in l. 7 pr. com. praed. 8, 4[a]), daß, wenn bei der Tradition eines Hauſes der Tradent ſchlechtweg geſagt habe, dieſes ſolle einem andern Hauſe dienen, ſo gelte das für nichts, weil es zu unbeſtimmt ſei, worin dieſe Servitut beſtehen ſolle. Er fügt noch eine andere Möglichkeit hinzu: es könnte in Folge deſſen jede Servitut, d. h. alſo jede, welche dem ändern Grundſtück Vortheil gewährt, durch dieſe Beſtimmung dem tradirten Hauſe auferlegt worden ſein; allein, wenn Paulus auch unbeſtimmt läßt, wo dieſe Erklärung derartiger Worte vorgezogen werden muß, ſo darf ſie doch allgemeinen Regeln nach nur da angenommen werden, wo beſtimmte Momente auf einen ſolchen immerhin auffallenden Willen der Parteien hinwieſen. Daſſelbe würde gelten, wenn allgemein eine Perſonalſervitut conſtituirt wäre, nur daß da vielleicht der Sprachgebrauch mehr dafür ſprechen möchte, daß die wichtigſte, häufigſte und umfaſſendſte Perſonalſervitut der Uſusfruct, beabſichtigt worden ſei.

Um nun den Willen der Conſtituenten über die Beſchaffenheit der auferlegten Servitut kennen zu lernen, wird oft die gewählte Bezeichnung ſchon einen genügenden Anhaltspunkt gewähren, indem für häufiger vorkommende Bildungen beſtimmte Namen entſtehen, und wird es dann die Aufgabe der Jurisprudenz ſein, zu erforſchen, wie das Rechtsverhältniß in allen ſeinen Theilen beſchaffen iſt, welches das Leben mit dieſem Namen zu bezeichnen pflegt. Hierin bietet uns die römiſche Rechtswiſſenſchaft bewunderungswürdige Vorbilder, die aber auch nur als Vorbilder zu benutzen und nur ſoweit unmittelbar anzuwenden ſind, als die factiſchen Verhältniſſe bei uns dieſelben ſind, und wir Bezeichnungen haben, die ganz und gar mit den entſprechenden römiſchen Worten gleichbedeutend ſind, wie das z. B. hinſichtlich „*ususfructus*“ und „Nießbrauch“ oder des auch bei uns üblichen „Uſusfruct“ der Fall iſt.

Doch nicht immer wird die Anwendung eines durch den Sprach-

---

a) In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.

gebrauch mit einer bestimmten Servitutenbildung verbundenen Ausdrucks schon genügen, um ein sicheres Bild von der durch die Parteien beabsichtigten Servitut zu gewähren, und das wird namentlich nicht der Fall sein, wenn dieselbe sich nicht über das ganze als dienend bezeichnete Grundstück erstrecken soll, sondern ihrer Natur nach nur einen Theil davon berühren kann. So wenn einem größern Grundstück allgemein eine Wegeservitut, oder eine servitus protegendi, tignum immittendi u. s. w. aufgelegt ist. Der größere oder geringere Umfang, auf den sie sich erstreckt, die Lage des Theils, welchem die Last ausschließlich obliegen soll, werden der Berechtigung und der daraus fließenden Eigenthumsverminderung einen ganz verschiedenen Charakter zu verleihen im Stande sein.

Es hätte nahe gelegen, in solchem Falle anzunehmen, die Servitut existire noch gar nicht, sondern sei noch von der Suspensivbedingung abhäng gemacht, daß zunächst der dienende Ort näher zu bestimmen sei; allein das römische Recht räumte, wie im § 19 ausgeführt ist, den Bedingungen bei Realservituten eine sehr geringe Wirksamkeit ein, und schlug daher einen andern Weg ein. Für die Wasserleitungsservitut und für alle Wegeservituten wird nämlich ausdrücklich bestimmt, daß in solchem Falle das ganze belastete Grundstück dienen solle und der Berechtigte daher die Wahl habe, wo er die Servitut ausüben wolle. So sagt Paulus in l. 21 de S. P. R. 8, 3.

> Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet. Vgl. l. 8 de aqua quotid. et aest. 43, 20.

und Celsus in l. 9 de serv. 8, 1.

> Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem ire agere licebit, civiliter modo[b]).

b) Wenn Paulus dagegen in l. 26 de S. P. R. sagt:

> Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem, si modo nulla captio legatario in servitute fit,

und demnach die Wahl dem Eigenthümer der belasteten Sache zuspricht, wobei nur der Servitutberechtigte nicht positiv Schaden erleiden darf, so kann man das nicht als eine Singularität für alle durch letztwillige Verfügungen entstandene

Allein unter Umſtänden können einzelne Theile, auch wenn ſie unter jene allgemeine Bezeichnung des dienenden Grundſtücks inbegriffen ſind, doch von der Servitut frei bleiben, weil es vermöge ihrer Beſchaffenheit unwahrſcheinlich iſt, daß die Conſtituenten auch ſie belaſten wollten, und ſo ſagt denn Pomponius in der auf jene l. 21 folgenden l. 22 de S. P. R.:

> Sed quae loca eius fundi tunc, quum ea fieret cessio, aedificiis, arboribus, vineis vacua fuerint, ea solo eo nomine servient,

und Celſus erläutert jenes *civiliter modo* in den folgenden Worten der l. 9 dahin:

> Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, quum id aeque commode per alteram partem facere possit minore fundi servientis detrimento.

Da nun aber keineswegs die Abſicht der Conſtituenten dahin gegangen ſein wird, daß der Berechtigte fortwährend wechſele und bald hier bald dort und in Krümmungen auf dem belaſteten Grundſtück gehe, ſo ſoll der Berechtigte genöthigt werden können, daß er eine Richtung

---

derartige Servituten auffaſſen, indem Julian in der l. 28 deſſelben Titels das Gegentheil annimmt, da er ſagt, daß, wenn eine Wegegerechtigkeit einem gemeinſamen Grundſtück mehrerer legirt ſei, die Servitut nicht eher erworben ſei, als bis die mehreren Eigenthümer über den Ort, wo der Weg gehen ſollte, zur Uebereinſtimmung gelangt ſein. Alſo hängt hier dieſe Wahl von dem Berechtigten ab. Da daher jene l. 26 in einem unzweifelhaften Widerſpruch mit andern Stellen ſteht, ſo hat man ſie wohl mit Recht mit der Errichtungsform in Verbindung gebracht und geſagt, ſie handle von einem legatum per damnationem, bei welchem der Erbe verpflichtet war, die legirte Sache herauszugeben, und wenn daher dieſe nur in genere beſtimmt war, ſolche vorher zu wählen hatte, ehe er ſie herausgeben konnte. Wenn in der l. 28 geſagt iſt, bis zur erfolgten Wahl Seitens der Legatare, ſei noch gar keine Servitut vorhanden (servitus neque acquiritur, neque deperit), ſo widerſpricht das auch der citirten l. 9 de serv., wo das Vorhandenſein einer Servitut ſofort und zwar dann für das ganze Grundſtück angenommen wird. Daß dieſe Stelle daher von einem legatum sinendi modo rede, bei welchem die Wahl Seitens der Legatare Bedingung des Legats war, möchte die einzige genügende Erklärung ſein, und wären demnach beide Stellen als antiquirt heute nicht mehr allgemein anwendbar.

ein für alle Mal wählte. Das wird bei der Waſſerleitungsſervitut ſchon dadurch geſchehen, daß er die Vorrichtungen dazu aufſtellt, ebenſo wo er ein Recht auf einen zum Fahren u. ſ. w. hergerichteten Weg hat, daß er ſolchen anlegt[c]); es kann aber auch da gefordert werden, wo keinerlei Vorrichtung nöthig iſt, wie bei der servitus actus oder itineris, und nöthigenfalls kann richterliche Entſcheidung dieſe Wahl vornehmen, wenn der Berechtigte es unterläßt[d]). Iſt über die Breite des Wegs nichts feſtgeſetzt, ſo ſoll auch dieſe erforderlichen Falls durch richterliches Ermeſſen feſtgeſtellt werden[e]), und zwar muß das geſchehen unter Berückſichtigung des Bedürfniſſes, der Ortsgewohnheit, der Beſchaffenheit des dienenden Grundſtücks und anderer Umſtände, welche über den muthmaaßlichen Parteiwillen Aufſchluß zu geben vermögen, und nur für die servitus viae war im römiſchen Recht die alte geſetzliche Beſtimmung über die Breite des Wegs in ſolchen Fällen ein für alle Mal maaßgebend[f]). Iſt auf dieſe Weiſe einmal der Ort, welcher dienen ſoll, genau beſtimmt, ſo erlöſcht damit die anfänglich auch auf den andern Theilen des herrſchenden Grundſtücks laſtende Servitut für dieſe[g]), und lebt darum auch nicht wieder auf, wenn etwa die Ausübung auf dem gewählten Stück unmöglich würde[h]).

---

c) L. 9 de serv. 8, 1.

d) L. 13 § 1 de S. P. R. 8, 3.

e) L. 13 § 1 et 3 de S. P. R.

f) L. 13 § 2 daſelbſt. Das Nähere ſiehe unten in der Lehre von den Wegeſervituten.

g) L. 9 de serv.; l. 13 § 1 de S. P. R.

h) Für die Waſſerleitungsſervitut wird in l. 19 pr. quemadm. serv. amitt. 8, 6 anſcheinend angenommen, daß vor der Herſtellung des iter aquae noch gar keine Servitut vorhanden ſei. Dort ſagt nämlich Pomponius:

> Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus interresserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquae fuerit: sed manet mihi ius integrum. Quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam.

Doch der Grund dieſer Entſcheidung wird in einem andern Umſtand zu ſuchen ſein. Da nämlich durch bloße Verabredung keine Servitut entſtehen konnte, ſondern in iure cessio oder mancipatio hinzutreten mußte, ſo war hier nur eine

Alle dieſe Beſtimmungen fallen aber weg, wenn aus den Umſtänden einmal ausnahmsweiſe erkannt werden kann, daß die Conſtituenten, als ſie ſo allgemein die Wege- oder Waſſerleitungsſervituten einem Grundſtück auflegten, dabei beabſichtigten, daß dieſes ganz und gar für immer dienen ſolle und der Berechtigte fortwährend auf jedem Theile die Servitut ausüben dürfe. Das wird z. B. in l. 13 § 1 de S. P. R. angenommen, wenn bei der Conſtituirung feſtgeſetzt war: *totus ager itineri servit.*

Dieſe für die Wege- und zum Theil für die Waſſerleitungsſervituten gegebenen Vorſchriften werden auch auf andere Servituten anzuwenden ſein, wenn ſolche allgemein einem ganzen Grundſtück auferlegt ſind, während ſie ihrer Natur nach doch nur für einen Theil deſſelben ausgeübt werden können[1]). Hat daher z. B. jemand für ſein Grundſtück die Befugniß erworben, in des Nachbars Luftraum ſein Dach hineinbauen zu dürfen (servitus protegendi), ohne daß der Theil der Grenze, wo dies geſchehen darf, oder die Breite, bis zu welcher der Berechtigte von dieſer Befugniß Gebrauch machen kann, beſtimmt iſt, ſo iſt die Servitut nicht etwa wegen Unbeſtimmtheit der wichtigſten Momente ungültig, ſondern der Berechtigte hat, wie bei den Wegeſervituten, die Wahl des Ortes, wo er das Dach anbringen will, und was die Breite

---

Verpflichtung zur Servitutbeſtellung, nicht aber eine Servitut ſelbſt begründet, und dieſe Verpflichtung unterlag daher natürlich nur der regelmäßigen Verjährung, und das ſinguläre Inſtitut des non usus konnte auf daſſelbe keine Anwendung finden. In der Geſtattung der Herrichtung eines iter aquae war aber eine Quaſitradition enthalten, und dieſe erzeugte, wenn auch keine civile Servitut, ſo doch ein ſervitutähnliches vom Prätor geſchütztes Verhältniß, welches durch Nichtgebrauch erloſch. Vgl. l. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3; l 1. pr. quibus mod. usufr. amitt. 7, 4; l. 3 si usufr. pet. 7, 6 und Zachariä von Lingenthal, über die Unterſcheidung zwiſchen servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844. S. 55.

1) Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 53—56 will hier eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Waſſerleitungsſervituten finden, und bringt dieſe mit einer andern der genannten vier Servituten, nämlich mit ihrer Fähigkeit, vom Eigenthümer verpfändet zu werden, in Verbindung. Es möchte aber kein innerer Grund für eine ſolche Annahme vorhanden ſein, und die bloße Nichterwähnung dieſer Vorſchriften für andere Servituten rechtfertigt ſie bei der caſuiſtiſchen Faſſung unſerer Quellen in keiner Weiſe. Näher werde ich auf Zachariäs Ausführung unten in § 38 eingehen müſſen.

anbetrifft, ſo wird dieſe hier auch unter Berückſichtigung des Bedürfniſſes und der beiderſeitigen Ortsgelegenheiten nöthigenfalls durch richterliches Ermeſſen feſtzuſetzen ſein. Keineswegs kann der Berechtigte in Folge einer derartigen Servitut nun etwa breite Strecken des dienenden Grundſtücks durch künſtliche Conſtructionen überbauen, ſondern er muß ſich immer in der Grenze halten, daß ſein Bauwerk nach Landesbrauch mit den bei der Conſtituirung gebrauchten Ausdrücken bezeichnet werden konnte, und es den Umſtänden nach wahrſcheinlich iſt, daß die Conſtituenten es alſo im Sinne hatten.

Ein zweiter Fall, wo trotzdem, daß die Conſtituenten eine für beſtimmte Servitutenbildungen übliche Bezeichnung gebraucht haben, dennoch wichtige und characteriſtiſche Momente der beabſichtigten Servitut ungewiß geblieben ſind, möchte der ſein, wo zwar der dienende Ort genau beſtimmt, aber das Maaß, bis zu welchem die Befugniß geübt werden kann, nicht feſtgeſetzt iſt. Es wiederholt ſich hier daher die Frage, ob die Servitut in ſolchem Falle wegen Unbeſtimmtheit ungültig iſt, z. B. wenn allgemein eine Weideſervitut als Prädial- oder Perſonalſervitut beſtellt iſt, ohne daß angegeben iſt, wie viel Vieh aufgetrieben werden darf. Dieſe Frage wird unſers Wiſſens in den Quellen nirgends ausdrücklich behandelt, aber die Analogie des eben behandelten Falles möchte ſchon beweiſen, daß auch hier nicht angenommen werden darf, die Conſtituenten hätten etwa die nähere Beſtimmung ſich vorbehalten und den ganzen endlichen Abſchluß noch unterlaſſen, ſondern es wird zu vermuthen ſein, daß dem Servitutberechtigten freier Spielraum bleiben ſoll, um die Befugniß nach Belieben auszuüben, daß aber auch wieder der muthmaßliche Wille der Conſtituenten bei einer ſo allgemeinen Faſſung der Willenserklärung nichts Außergewöhnliches, Zweckwidriges und einen Theil unverhältnißmäßig Belaſtendes beabſichtigen konnte. Iſt daher eine Weidegerechtigkeit in dieſer Weiſe als Perſonalſervitut beſtellt, und bieten die Umſtände keinen beſtimmten Maaßſtab, ſo iſt anzunehmen, daß der Berechtigte ſo viel Vieh auftreiben kann, als das dienende Grundſtück zu ernähren vermag; iſt ſie dagegen als Realſervitut beſtellt, ſo bietet immer das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks eine Grenze, indem nur ſoviel aufgetrieben werden darf, als zur Kultur deſſelben möglicher Weiſe benutzt werden kann. Wie wir aber ſchon oben (§ 16) erwähnten, iſt dieſe Grenze eine ſehr

weite, indem bei Gütern von einigem Umfang eine ſehr große Anzahl Vieh immer noch durch Arbeitskraft oder Düngung den Anbau des herrſchenden Grundſtücks erleichtern kann; dagegen iſt es nicht üblich, auf einem Gute von einer beſtimmten Größe ſo ſehr viel Vieh zu halten, der Vortheil wird durch zu große Koſten aufgewogen, und es giebt daher in der Landwirthſchaft feſtſtehende Regeln über die Anzahl des Viehs, welches zur gehörigen Bewirthſchaftung erforderlich iſt. Mehr zu halten, iſt ungewöhnlich, und da nun, wie wir ſagten, die Conſtituenten nicht da, wo ſie eine beſtimmte Faſſung der lex servitutis verſäumten, einen ungewöhnlichen Zuſtand im Auge gehabt haben werden, ſo iſt die Anzahl des Viehs bei einer ſo allgemein conſtituirten Weideſervitut auf Anrufen durch richterliches Ermeſſen dem Herkommen gemäß zu fixiren.

Die Rückſicht auf den muthmaßlichen Willen der Conſtituenten wird auch weiter darin maaßgebend ſein, daß wenn ſich nach der Errichtung einer allgemeinen Servitut die Umſtände ſo ändern, daß ein weit größeres Bedürfniß des berechtigten Subjects oder des herrſchenden Grundſtücks oder eine weit größere Ertragsfähigkeit der dienenden Sache in Folge außerordentlicher nicht im Voraus zu erwartender Ereigniſſe eintritt, darum doch nicht die Servitut nachträglich ſo weit auszudehnen iſt, wie ſie, wenn ſolche Umſtände von vorneherein vorhanden geweſen wären, hätte ausgeübt werden können. Beiſpiele erwähnten wir ſchon oben bei der Lehre von der Theilung des herrſchenden Grundſtücks, wo wir ſchon ausführten, wie nunmehr nicht das vermehrte Bedürfniß der einzelnen Theile, ſondern das ſeitherige des Ganzen den Maaßſtab bieten müſſe. Aber nur außerordentliche, nicht zu erwartende Ereigniſſe müſſen dieſe Veränderung herbeiführen, und wenn daher auch eine beſonders reichliche Ernte eintritt, ſo wird darum doch der zum Uſusfruct u. ſ. w. Berechtigte den ganzen lediglich durch die Natur der Sache herbeigeführten Ertrag zu beziehen haben, und wenn jemanden der Uſus für ſich und ſeine Familie beſtellt iſt, ſo wird auch, wenn durch Vermehrung der Familie, durch Geburten, Heirathen u. ſ. w. das Bedürfniß größer geworden iſt, ſolches aus der dienenden Sache befriedigt werden können. Wollten die Conſtituenten hierin anders, ſo iſt anzunehmen, daß ſie es auch bei Errichtung der Servitut erwähnt haben würden, wie ſie auch wieder es ausſprechen mußten, wenn ſie

eine Erweiterung des Umfangs der Servitut bei Eintritt außerordentlicher Verhältniſſe beabſichtigten.

Hiermit ſtimmt auch das überein, was in den Quellen über die Ausdehnung der Servituten auf Acceſſionen der dienenden Sache geſagt wird. Ulpian ſagt in l. 9 § 4 de usufr. 7, 1 k), daß der Uſusfruct die Alluvion ergreife, und dieſe iſt ja auch bei einem Grundſtück an einem Fluſſe immer zu erwarten und keine Folge ungewöhnlicher Ereigniſſe; dagegen leugnet er, daß an einer im Flußbett neben dem dienenden Grundſtück entſtandenen Inſel der Uſusfruct geltend gemacht werden könnte. Der Grund, mit welchem Ulpian die Meinung des Pegaſus rechtfertigt, iſt freilich ein anderer, als der von uns angegebene, aber ein letzter Grund möchte jener nicht ſein, ſondern es noch weiterer Begründung bedürfen, warum der Uſusfruct nur das umfaſſen ſoll, was durch allmähliges Wachsthum zugefügt iſt, und möchte da eben in dem muthmaßlichen Willen der Conſtituenten die wahre Urſache zu ſuchen ſein. Dies wird gleichfalls für die von Pomponius in l. 3 § 2 de aqua quot. 43, 20 l) gegebene Entſcheidung gelten. Darnach ſoll eine Servitut, vermöge deren man aus dem öffentlichen Fluß Waſſer über das dienende Grundſtück ableiten kann, auch die Alluvion dieſes Grundſtück ergreifen, dagegen nicht den Theil des Flußbetts, welcher demſelben accrescirt, wenn der Fluß ſeinen Lauf ändert. Die von Pomponius für die einzelnen Fälle angegebenen Gründe ſind freilich

---

k) Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari; et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat; esse enim veluti proprium fundum, cuius ususfructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione; nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.

l) Si aquam ex flumine publico duxeris, et flumen recesserit, non potes subsequi flumen, quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis in locum meum sit. Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potes, quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes, quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus.

wieder nicht die oben ausgeführten; allein daß für die Ausdehnung der Servitut auf die Alluvion nicht bloß der Umstand gewirkt habe, daß man an dem öffentlichen Fluß ein servitutartiges Recht habe und dieses Recht nicht durch Veränderungen des dienenden Flusses beeinträchtigt werden könne, folgt daraus, daß dieser Umstand für die andern Fälle, wo er doch gleich wirksam hätte sein müssen, ohne Einfluß geblieben ist. Denn wenn der Fluß sein Bett auf der einen Seite verläßt, um sich auf der andern ein neues zu graben (recesserit), so müßte doch dem alten Bett ebenfalls die Servitut aufliegen; allein hier leugnet es Pomponius, und der Grund möchte nur sein, weil dieses Ereigniß bei der allgemeinen Constituirung der Servitut als etwas Ungewöhnliches wahrscheinlich nicht vorausgesehen wurde, während dafür, daß die Servitut auch die Alluvion nach dem Willen der Constituenten ergreife, die Wahrscheinlichkeit sprach.

War an einer Sklavin ein Ususfruct bestellt, so wurden bekanntlich die von ihr geborenen Kinder als Accessionen aufgefaßt, und fielen demnach in das Eigenthum des Herrn der Mutter, nicht in das des Usufructuars; dieser hatte aber auch nicht einmal einen Ususfruct an denselben, indem Ulpian in l. 68 de usufr. 7, 1, davon spricht, daß auch an dem partus ausdrücklich ein Ususfruct bestellt werden könnte, deßhalb also dieser sich nicht von selbst verstand. Die Geburt eines Kindes wurde also als ein solches außerordentliches Ereigniß aufgefaßt, welches die Constituenten nicht schon im voraus berücksichtigten, und ebenso möchte denn auch, wenn ein Schatz auf dem im Ususfruct stehenden Grundstück gefunden wird, eine Ausdehnung der Servitut auf diesen Schatz nicht zuzulassen sein.

Wir haben seither davon gehandelt, wie es zur Existenz einer Servitut nöthig sei, daß die Constituenten ihren Willen über die von ihnen beabsichtigte Servitutenbildung soweit erklären, daß wenigstens die hauptsächlichsten Momente erkannt werden können, und wie der Gebrauch einer für bestimmte Servitutenbildungen üblichen Bezeichnung hierfür ein genügendes Merkmal zu geben pflege. Wir haben aber auch schon oben angedeutet, wie selbst die sorgfältigsten Bestimmungen, welche bei der Constituirung getroffen werden, doch nicht dagegen schützen, daß sie nicht in manchen Fällen zur Regelung

der Verhältniſſe zwiſchen Eigenthümer und Servitutberechtigten unzureichend ſind und durch analoge Ausdehnung ergänzt werden müſſen. Das römiſche Recht kommt uns nun hierin ſehr zu Hülfe, indem es für die einzelnen im damaligen Rechtleben üblichen Arten der Servituten eine Fülle von Interpretationsregeln und oft der allerdetaillirteſten aufſtellt — Regeln die den Inhalt der ganzen folgenden Abtheilung, welche von den einzelnen Servituten handeln ſoll, bilden werden. Hier wollen wir nur einen Geſichtspunkt hervorheben, welcher gleichmäßig bei allen Servituten im Auge behalten wird. Da nämlich die Vermuthung ſtets dafür ſtreitet, daß die Conſtituenten alles das, was die nothwendige Vorausſetzung für die von ihnen errichtete Servitut bildet, ebenfalls anordnen wollten, ſo iſt dem Berechtigten überall neben der Ausübung der ausdrücklich genannten Befugniſſe auch die der adminicula zu gewähren[m]), d. h. er muß die Handlungen vornehmen dürfen, ohne welche jene erſte zunächſt beabſichtigte Befugniß gar nicht ausgeübt werden kann[n]). Wenn demgemäß die Servitut das Recht verleihen ſoll, auf dem dienenden Grundſtück eine Handlung vorzunehmen, ſo liegt darin auch, daß der Berechtigte, dem die Möglichkeit fehlt, zu dem dienenden Orte zu gelangen, über andere Grundſtücke, die dem Conſtituenten gehören, gehen u. ſ. w. ſoll[o]). Ferner iſt in der Servitut die Befugniß enthalten, die dienende Sache in den Zuſtand zu verſetzen, der zur Ausübung der Servitut nöthig iſt[p]), und weiter auch die Befugniß, Handlungen vorzunehmen, wodurch dieſe Vorrichtungen in gehörigem Stand erhalten werden. Zu dem Zwecke kann er ſich denn auch namentlich, wenn ſolches erforderlich iſt, mit Allem, was er zur Reparatur bedarf, über das Grundſtück des Conſtituenten zu den Vorrichtungen begeben und dort die nöthigen Arbeiten vornehmen[q]).

---

m) Man hat das Recht auf die adminicula auch als eigene Servitut und zwar als eine servitus tacita auffaſſen wollen. Geſterding, Nachſ. Bd. VI. Abth. I. S. 49.

n) Ulpian in l. 1 § 1 si usufr. petat. 7, 6: Ususfructus legatus *adminiculis* eget, sine quibus uti frui quis non potest.

o) L. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; Vat. fr. de usufr. § 54.

p) L. 10 de serv. 8, 1; l. 15 de S. P. R. 8, 3; l. 3 § 5 de aq. quot. 43, 20.

q) Pomponius in l. 11 comm. praed. 8, 4: Refectionis gratia

Aber nicht allein die Befugniß zur Vornahme ſolcher Handlungen, welche die nothwendige Vorausſetzung jeder Benutzung der Servitut ſind, wird als adminiculum der Servitut und darum als in ihr ſtillſchweigend enthalten angeſehen, ſondern der Berechtigte darf in Folge dieſes Grundſatzes auch da, wo die Servitut ihm ſchon ohnehin Nutzen zu gewähren vermag, doch ſolche Handlungen beanſpruchen, die zu derjenigen Benutzung nöthig ſind, welche die Conſtituenten bei der Errichtung der Servitut im Auge hatten, oder welche ſchon die Natur der herrſchenden oder der dienenden Sache als die zweckmäßigſte und nützlichſte anweiſt. Beiſpiele mögen das veranſchaulichen. Iſt ein Uſusfruct an einem Grundſtück beſtellt, das ohne Bewäſſerung gar nicht in der ſeither üblichen und angemeſſenen Weiſe bebaut werden kann, dem aber das dazu nöthige Waſſer fehlt und nur über andere Grundſtücke des Conſtituenten zugeführt werden kann, ſo enthält der Uſusfruct auch zugleich eine Waſſergerechtigkeit, trotzdem daß das Grundſtück auch ohne Waſſer doch ſicher noch immer einigen Vortheil gewähren mußte. Wenn ferner der Uſusfruct eines Hauſes vermacht iſt, ſo darf der Berechtigte fordern, daß auf den anliegenden andern Grundſtücken des Conſtituenten keine Vorrichtungen getroffen werden, wodurch dem dienenden Hauſe alles Licht entzogen wird, und es ſo, wenn der Uſusfruct auch noch immer Werth behält, nicht mehr als Wohnhaus in der üblichen Weiſe benutzt werden kann[r]). Das darf nun aber nicht dahin ausgedehnt werden, daß der Berechtigte einen Anſpruch auf alles das machen kann, was die Servitut vortheilhafter oder angenehmer macht, ſondern er darf nur das fordern, was die ſachgemäße Ausübung ermöglicht. Darum kann er z. B., um in dem letztgenannten Beiſpiele fortzufahren, nicht beanſpruchen, daß der Conſtituent in keinerlei Weiſe

---

accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tributa est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere iis sit necesse, nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur. Vgl. l. 1 § 1, l. 3 § 10 de rivis 43, 21; l. 3 § 12 und l. 4 de itin. actu. 43, 19. Eine Ausnahme dieſer Regel bei der servitus oneris ferendi haben wir oben in § 6 beſprochen.

r) L. 30 de usufr. 7, 1; l. 1 § 4 si ususfructus petat. 7, 6; l. 10 de S. P. U. 8, 2.

die Aussicht des im Ususfruct stehenden Hauses verbaue, sondern seine mit dem Ususfruct verbundene Lichtgerechtigkeit geht nur darauf, daß dem Hause soviel Licht bleibe, als zum Bewohnen nöthig ist s).

Dieser Anspruch auf die adminicula wird dem Berechtigten in gleicher Weise zustehen, mag die Servitut durch ein Geschäft unter Lebenden oder durch letztwillige Verfügungen entstanden sein. Zwischen diesen beiden Fällen findet aber doch der Unterschied statt, daß im erstern der Berechtigte sie nur fordern kann, weil vermuthet werden muß, daß der Wille des Constituenten auch auf sie gerichtet gewesen ist, und wo daher ausdrücklich das Gegentheil erkannt werden kann, darf dem Berechtigten ein Anspruch auf derartige Befugnisse nicht zugestanden werden und selbst da nicht, wo die Servitut in Folge dessen wegen mangelnder Nützlichkeit nichtig wird. Wird dagegen die Servitut in einer letztwilligen Verfügung constituirt, und wird dann zugleich eine Befugniß, welche die Voraussetzung für die Ausübung der Servitut bildet, untersagt, oder dem Legatar durch eine spätere Verfügung entzogen, so gilt das als eine unmögliche Klausel, und in Gemäßheit des allgemeinen Charakters der Testamente wird diese als nicht zugefügt erachtet, und der Legatar kann die untersagten Handlungen und weiter die ganze Servitut ausüben t). Das wird aber nur da gelten, wo die entzogene Befugniß ein nothwendiges Requisit für jede Benutzung der Servitut ist, nicht da, wo sie nur die eine den Umständen am meisten entsprechende Ausübung ermöglichen soll, und daher wird der Testator doch wohl dem Erben die Befugniß ertheilen können, dem Hause, an welchem der Ususfruct legirt ist, jedes Licht zu verbauen, indem er durch eine solche Verfügung zu erkennen giebt, daß er bei Bestellung des Ususfructs nicht sowohl das Bewohnen, sondern eine andere Benutzung des Hauses, etwa als Waarenlager, im Sinne hatte, und diese auch trotz jener Verfinsterung noch immer möglich bleibt. Seine Verfügung enthält daher keine mit der Servituterrichtung unvereinbare Bestimmung und ist demnach aufrecht zu erhalten.

---

s) Daselbst.

t) L. 1 § 1 si usufr. petatur. 7, 6; l 3 § 6 de adimend. vel transmitt. legatis 34, 4.

Ein anderer Unterſchied zwiſchen den durch Geſchäfte unter Lebenden und den durch letztwillige Verfügungen entſtandenen Servituten iſt weiter der, daß bei erſteren die adminicula nur gegenüber den Grundſtücken, welche zur Zeit der Errichtung im Eigenthum des Conſtituenten ſtanden, geltend gemacht werden können, indem nur dieſen durch den Conſtituenten eine derartige Laſt auferlegt werden konnte; daß dagegen bei den durch Teſtamente errichteten Servituten der berechtigte Legatar nicht nur ohne Weiteres einen Anſpruch auf dieſe adminicula an den dem Erben zufallenden Grundſtücken des Conſtituenten geltend machen, ſondern außerdem auch fordern kann, daß der Erbe, falls die Servitut nicht anders ausgeübt werden kann, als wenn gewiſſe Handlungen auf benachbarten fremden Grundſtücken vorgenommen werden, die Berechtigung dazu für ihn, den Legatar, erwerbe u), oder ihm den Geldwerth der Befugniß herausgebe. Denn

u) L. 1 § 2 si usufr. pet. 7, 6; l. 10 de S. P. U. 8, 2; l. 44 § 9 de leg. I. 30; l. 15 § 1 de usu et usufr. leg. 33, 2. Ueber die Frage, wie an den eigenen Grundſtücken des Teſtators, welche dritten legirt ſind, die Befugniß erworben wird, ſagt Ulpian in l. 44 § 9 de leg. I:

> Si duos fundos habens testator alterius mihi usufructum, alterius Titio leget; aditum mihi legatarius non debebit, sed *heres cogitur redimere* aditum et praestare.

Dagegen ſagt *Marcellus* in l. 15 § 1 de usufr. leg. 33, 2 über denſelben Fall:

> Quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest acquiri via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.

Dieſe beiden Stellen laſſen ſich nur dadurch vereinigen, daß man in Gemäßheit der l. 15 § 1 annimmt, der Erbe brauche die dem Eigenthume nach legirte Sache nicht eher herauszugeben, als bis der Legatar eine ſolche Servitut zu Gunſten des Uſufructuars, oder wenn mehrere ſucceſſive Uſusfructe beſtellt ſind, auch zu Gunſten der ſpäter Berechtigten beſtellt hat. Dieſe auf die adminicula der Hauptſervitut gerichtete Nebenſervitut entſteht alſo auffallender Weiſe nicht ipso iure aus dem Teſtament, ſondern muß erſt von dem Legatar errichtet werden, und giebt der Erbe die Sache, ohne daß dies geſchehen iſt, aus den

der Teſtator hat, als er die Servitut legirte, nur zu einem Theil über eine eigene Sache verfügt, ein anderer Theil, eben jene Befugniß, war ein Legat einer fremden Sache, und muß daher für dieſe nach Analogie der hierfür geltenden Grundſätze verfahren werden. Sollte der Teſtator den Erben ausdrücklich von der Verpflichtung, dieſe Befugniß dem Legatar zu erwerben, frei geſprochen haben, ſo erklärt er nur ausdrücklich, daß er keine fremde Sache legiren will, und die Verfügung wird völlig in Kraft beſtehen. Nur wird die Ausübung der legirten Servitut dann natürlich bis dahin ſuſpendirt, wo der Berechtigte ſich ſelbſt die nöthige Befugniß an der fremden Sache erworben hat.

Den muthmaßlichen Willen der Conſtituenten haben wir ſeither als das oberſte Geſetz für die Ausübung der Servituten hingeſtellt. Ganz daſſelbe iſt es, was man nach dem Vorbild von Celſus in l. 9 de serv. 8, 1 ſo auszudrücken pflegt, die Servitut müſſe *civiliter* geübt werden; denn auch er begründet dieſe Vorſchrift mit den Worten: Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Daraus folgt denn ſchon, daß man die Vorſchrift über eine civile Ausübung der Servitut nicht, wie man das hat thun wollen, auf die Realſervituten und den Uſus beſchränken darf, ſondern daß ſie in gleicher Weiſe für alle Servituten gilt.

Händen, ſo hat er kein Mittel, jenen zur Beſtellung zu zwingen. Da aber der Erwerber der Hauptſervitut ſolches vom Erben fordern kann, ſo muß letzterer nun, wie die l. 44 § 9 ſagt, die Berechtigung zur Vornahme dieſer Handlungen zurückkaufen.

Fünftes Kapitel.

Ausübung der Servituten Seitens anderer Personen als der ursprünglich Berechtigten.

§. 26.

Unzulässigkeit der Uebertragung der Realservituten, des Usus und der ihm nachgebildeten Personalservituten.

Wir sahen oben, wie der Inhalt einer jeden Realservitut in so fern durch die Beschaffenheit der herrschenden Sache bestimmt werden kann, als ihr Zweck immer nur ist, die Benutzung derselben einträglicher oder angenehmer zu machen, und sie daher in dem Bedürfniß derselben eine unübersteigliche Schranke findet. Daraus geht hervor, daß es für den Inhalt der Servitut keineswegs gleichgültig ist, welche Sache die herrschende ist, und daß daher die Uebertragung der Servitut auf eine andere Sache, so daß diese fortan die Trägerin, die herrschende sein soll, auch auf die quantitative Beschaffenheit der Servitut von Einfluß sein, sie zu etwas ganz anderm machen kann, und daher darf auch der zeitige Servitutberechtigte nicht einseitig eine derartige Uebertragung auf ein anderes Grundstück vornehmen. Vielmehr ist dazu Mitwirkung Seitens des Eigenthümers der belasteten Sache und Anwendung der für die Servituterrichtung vorgeschriebenen Formen erforderlich, und es wird dann genau genommen das alte Recht ganz aufgehoben und eine neue Servitut zu Gunsten des Eigenthümers dieser von jetzt an herrschenden Sache constituirt. Weiter folgt aus jenem unmittelbar auf Verbesserung der herrschenden Sache gerichteten Zweck der Realservituten, daß sie nur von jeman-

den ausgeübt werden können, welchem die Benutzung dieſer Sache zuſteht, oder welcher dabei im Intereſſe des Berechtigten mitwirken ſoll, indem die Servitut ſonſt ja nicht dieſe Benutzung befördern, ihr Ertrag nicht unmittelbar auf die herrſchende Sache verwandt werden könnte. Daher dürfen die Handlungen, zu welchen die Realſervituten ermächtigen, von allen, aber auch nur von denen vorgenommen werden, welche der Eigenthümer mit der ganzen oder theilweiſen Benutzung der Sache beauftragt, wie Pächter, Sklaven u. ſ. w., oder welche kraft eigenen Rechts die Benutzung der Sache beanſpruchen können, wie Uſufructuare, Innehaber einer Emphyteuſis u. ſ. w. Wenn die Ausübung einer Wegegerechtigkeit den Freunden des Berechtigten und allen denen, qui nomine eius ingrediuntur, geſtattet wird[a]), ſo iſt der Grund auch hier, daß ſie kraft einer vielleicht ſtillſchweigend ertheilten Erlaubniß das herrſchende Grundſtück betreten, alſo in einer Art benutzen wollen, und darum auch die ihm durch die Servitut erſt erworbene Eigenſchaft benutzen können. Mitunter kann aber durch den Willen der Conſtituenten die Benutzung der Servitut durch Beauftragte ganz ausgeſchloſſen ſein, indem z. B. eine Durchgangsgerechtigkeit dahin beſtellt worden iſt, daß nur der jedesmalige Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks in Perſon, nicht ſein Geſinde u. ſ. w. ſie benutzen ſoll. Auf jeden Fall darf mit der Ausübung der Servitut niemals jemand in der Weiſe beauftragt werden, daß er ſie allein und nicht auch das herrſchende Grundſtück benutzen ſoll, indem dann ja der Ertrag jener nicht mehr dieſem zu Gute kommen würde, wie das doch ihrer Beſtimmung gemäß der Fall ſein muß.

Ebenſo verhält es ſich hinſichtlich einer Klaſſe von Perſonalſervituten, bei denen die Conſtituenten den Umfang nicht allein davon abhängig gemacht haben, daß ſie irgend welchen pekuniären Nutzen gewähren, ſondern eine unmittelbare Verwendung des Ertrags zum Zweck der Befriedigung des natürlichen Bedürfniſſes des berechtigten Subjects fordern, und daher die Ausübung nur ſoweit geſtatten, als jenes Bedürfniß dadurch noch direct befriedigt wird. Das Vorbild und der Vertreter dieſer Klaſſe von Perſonalſervituten iſt der Uſus. Auch hier würde die Uebertragung auf ein anderes Subject

a) Arg. leg. 111 de V. O. 45, 1; l. 3 § 4 de itinere act. 43, 19.

den Inhalt der Servitut nach einem andern Bedürfniß bemeſſen laſſen und er daher zu einem andern werden. Daher iſt die Veräußerung durch einen einſeitigen Act des Berechtigten auch hier unzuläſſig, und die Ausübung kann von dritten ebenfalls nur ſo weit geſchehen, als durch dieſelben der Ertrag unmittelbar dazu verwandt wird, das Bedürfniß des Berechtigten zu befriedigen[b]). So können z. B., wenn wieder bei der Conſtituirung nichts anders beſtimmt iſt, Beauftragte des Uſuars die im Uſus enthaltenen Früchte einernten, ſeine Diener und Freunde in ſeinem Intereſſe den Weg betreten, an dem er eine perſönliche Berechtigung hat[c]), ſeine Familie und Dienerſchaft das Haus bewohnen, an dem er den Uſus hat[d]). Sein Bedürfniß wird dabei, wie in der Lehre vom Uſus weiter auszuführen iſt, regelmäßig auch in einem weitern Sinne genommen, ſo daß es das Bedürfniß ſeines ganzen Hausſtandes in ſich ſchließt. Weiter darf aber nicht gegangen werden, und wo daher die von dritten vorgenommenen Handlungen dem Uſuar nicht mehr unmittelbar zu Gute kommen, ſondern der Ertrag zunächſt dem Ausübenden zufällt, da wird eine unſtatthafte Veräußerung der Servitut vorhanden ſein.

Ferner kann auch da, wo der Umfang einer Perſonalſervitut ein für alle Mal feſt beſtimmt und von dem Bedürfniß des Berechtigten unabhängig zu ſein ſcheint, doch der Wille der Conſtituenten die Unübertragbarkeit der Servitut feſtgeſtellt haben, indem bei ſolchen Befugniſſen, welche fortwährend mit den Befugniſſen des Eigenthümers collidiren, und die äußerlichen Grenzen ſeiner Herrſchaft zu durchbrechen geſtatten, die einzelne Ausübungshandlung dadurch für ihn einen andern Charakter annehmen kann, daß ſie von einem andern, als dem urſprünglich Berechtigten ausgeführt wird. Wo daher erkannt werden kann, daß eine ſolche Perſonalſervitut ganz beſonders mit Rückſicht auf die Individualität des erſten Erwerbers errichtet iſt, und nicht die fragliche Handlung im Allgemeinen, ſondern

---

b) L. 10 § 1 comm. divid. 10, 3. — Usus, qui neque venire, neque locari potest.

c) Arg. leg. 111 de V. O. 45, 1.

d) L. 2 § 1, l. 4 § 1, l. 6, l. 7 de usu 7, 8; l. 6 de usufr. leg. 33, 3.

nur, so weit sie von dieser bestimmten Person vorgenommen wird, den Inhalt der Befugniß bildet, da wird die Servitut als eine Nachbildung des Usus behandelt werden müssen und wie dieser unübertragbar sein.

Es ist nicht zu leugnen, daß, abgesehen von dem zuletzt erwähnten Falle, die obigen Regeln, wenn man nur die einzelnen Anwendungsfälle im Auge hat, hart und unverständlich erscheinen können, indem z. B. nicht abzusehen ist, warum ich nicht das Recht, auf eine nahe Weide ein Stück Vieh zu treiben, da doch mein Grundstück eine weit größere Anzahl Vieh zur gehörigen Bewirthschaftung braucht und also eine Erleichterung des dienenden Grundstücks auf Grund eines geringern Bedürfnisses der herrschenden Sache gar nicht zu erwarten steht, an den Innehaber eines Nachbargrundstücks abtreten soll, für den die Berechtigung doch gleichen Nutzen haben und dessen ein Stück Vieh die Last um nichts vergrößern würde. Ebenso kann es auffallend erscheinen, warum ich meinen Usus nicht an einen Dritten abtreten soll, der vielleicht ein bei weitem geringeres Bedürfniß hat, als ich, und daher das dienende Grundstück auch durchaus nicht mehr belasten würde. Allein einmal hängen diese Sätze eng mit der ganzen römischen Auffassung der Realservituten als Qualitäten des Grundstücks zusammen, und dann kann in allen Fällen doch immer möglicher Weise in Folge außerordentlicher Umstände, so unwahrscheinlich es auch sein mag, das Bedürfniß der herrschenden Sache oder des berechtigten Subjects sich derartig ändern, daß die belastete Sache Erleichterung daraus zu ziehen vermag, und diese Möglichkeit darf das Recht bei Aufstellung seiner Regeln nicht aus dem Auge verlieren.

Nur in einem Falle ist eine Veräußerung für den Usus zugelassen worden, aber, wie das ausdrücklich hervorgehoben wird, ist das nur geschehen propter necessitatem und in Folge eines besondern Einschreiten des Prätors. Wenn nämlich an einer Sache für zwei verschiedene Personen ein Usus bestellt ist, den sie gleichzeitig üben sollen, so kann, wenn nach entstandenen Irrungen und Zwistigkeiten ein quasi iudicium communi dividundo erhoben wird, der Richter nöthigenfalls einem den Usus an der ganzen Sache zusprechen, und ihm aufgeben, den andern mit Geld abzufinden, so daß eben

dieſer dann ſeinen Uſus in Folge richterlichen Gebots für Geld veräußert[e]).

Eine nothwendige Folge der Unveräußerlichkeit dieſer Servituten zeigt ſich denn auch darin, daß, da jede Servitutbeſtellung immer eine theilweiſe Veräußerung enthält, an ihnen nicht wieder andere Servituten irgend einer Art conſtituirt werden können, weßhalb ſich der Begriff einer Servitut an einer Real-Servitut oder an einem Uſus im Rechte gar nicht entwickelt hat, wie denn auch die Regel *„servitus servitutis esse non potest“* zu einer ſprichwörtlichen Bedeutung gelangt zu ſein ſcheint. Beſonders hervorgehoben wird ſie von Paulus in l. 1 de usu et usufr. legato 33, 2.

> Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia *servitus servitutis esse non potest*; nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sunt, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit; sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet; aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Darnach ſoll alſo von dem Berechtigten nicht ein Uſusfruct an einer ihm zuſtehenden Realſervitut conſtituirt werden können, und daſſelbe auch nicht dadurch möglich geworden ſein, daß ein Senatusconſult[f]) die Uſusfructbeſtellung an allen Sachen zugelaſſen hat, welche in unſerm Vermögen (in bonis) ſtehen. Denn, ſo iſt der Gedankengang des Paulus, die mir zuſtehenden Servituten ſind allerdings nicht außerhalb meines Vermögens, ſie gehören nicht zu den Sachen, die in Anderer Vermögen ſtehen (neque extra bona), aber ſie ſind auch nicht ein ſelbſtändiger Theil meines Vermögens, ſelbſt

e) Paulus in l. 10 § 1 comm. divid. 10, 3. Si usus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

f) Vgl. tit. 5 lib. 7 Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.

nicht, wenn dieſes im weitern Sinn genommen wird, wo alle Sachen dahin gerechnet werden, auf die ich eine Klage habe [neque ex bonis][g]; vielmehr ſind ſie mein nur als Eigenſchaften des herrſchenden Grundſtücks, und nur durch dieſes und feſt verbunden mit dieſem ſind ſie Theile meines Vermögens. Als ſelbſtändiger Gegenſtand eines Uſusfructs können ſie daher auch nach jenem Senatusconſult nicht conſtituirt werden. Wenn nun daher das vom Teſtator bezeichnete Verhältniß nicht entſtehen kann, ſo muß doch, weil letztwillige Verfügungen, wo möglich, ſo interpretirt werden ſollen, daß die Abſicht des Teſtators erreicht wird, dieſe aber, wenn man von dem zu deren Realiſirung gewählten Mittel abſieht, darin beſtand, daß dem Legatar für die Dauer ſeines Lebens, oder bis er eine capitis deminutio erlitt, die Befugniß, über ein fremdes Grundſtück zu gehen u. ſ. w., ertheilt werde, und ferner dieſe Abſicht des Teſtators etwas durchaus Mögliches und Erreichbares enthält, nach der Anſicht des Paulus der Erbe verpflichtet ſein, dem Legatar die Befugniß zu erwerben, über daſſelbe Grundſtück zu gehen oder Waſſer zu leiten, auf dem jene Servitut ruht, an welcher der Teſtator irrthümlich den Uſusfruct beſtellen wollte[h].

Wenn wir alſo oben manche Eigenthümlichkeiten der Realſervituten daraus erklärten, daß ſie ihrer Beſtimmung nach Surrogate der natürlichen Eigenſchaften ſind, ſo unterſcheiden ſie ſich von ihnen auch wieder weſentlich dadurch, daß ſie nicht, ſo weit ſie ſelbſtändig einen Nutzen zu gewähren vermögen, jeder Zeit durch den Eigenthümer der Sache von ihrer Trägerin, der herrſchenden Sache, getrennt und einem andern übergeben werden können, wie ſolches hinſichtlich der natürlichen Eigenſchaften bei einer Servitutbeſtellung ſtatt findet. Dagegen aber macht ſich jener Charakter wieder darin geltend, daß ſie, die alle Schickſale der herrſchenden Sache theilen, auch durch

g) L. 2 § 22 vi bonorum raptor. 47, 8.

h) Man hat die Stelle auch ſo erklären wollen, daß die Realſervitut, an welche der Uſusfruct legirt wird, noch gar nicht als ſolche exiſtire, und der Teſtator daher nur eine perſönliche Befugniß an ſeinem eigenen Grundſtück vermachen wolle. Allein dann erſcheint die Begründung, die Paulus ſeiner Entſcheidung beifügt, faſt ungereimt, und namentlich iſt nicht einzuſehen, wie der Satz „servitus servitutis esse non potest“ hier wirkſam ſein kann.

Belaſtung derſelben mit Servituten in der Art berührt werden, daß, wie wir ſchon oben (§ 11) auszuführen Gelegenheit hatten, ſowohl Perſonal- als Realſervituten an einem Grundſtück zugleich das Recht verleihen können, die dieſen zuſtehenden Realſervituten ſo weit auszuüben, als dadurch die fragliche Befugniß ermöglicht oder vortheilhafter oder angenehmer wird. In dieſem Falle bleiben ſie mit der herrſchenden Sache, oder genauer genommen mit den Eigenſchaften derſelben, deren Benutzung ſie erleichtern ſollten, und um derentwillen ſie daher beſtellt wurden, nach wie vor verbunden, und die Lehre von der Unveräußerlichkeit der Servitut kann daher ſolche gleichſam indirecte Servitut an der Servitut nicht verhindern.

§. 27.

Uebertragbarkeit des Uſusfructs und der ihm nachgebildeten Perſonalſervituten.

Eine Klaſſe von Servituten, deren Repräſentant und Vorbild der Uſusfruct iſt, ertheilt die Befugniß, entweder alle Früchte und Nutzungen einer Sache zu ziehen, ſo daß alſo die einzige Grenze derſelben in dem Productionsvermögen der belaſteten Sache liegt, oder doch wenigſtens eine beſtimmte Art oder einen beſtimmten Theil derſelben zu gewinnen, welcher nach einem ein für alle Mal feſtgeſetzten äußern Maaßſtab zu bemeſſen iſt. Immer liegt daher das, was den Umfang der Befugniß beſtimmt, außerhalb der Perſon des Servitutberechtigten, und deßhalb kann dieſer Umfang dadurch allein nicht verändert werden, daß ein Wechſel in der Perſon des Berechtigten vor ſich geht. Hieraus folgt, daß es dem Eigenthümer der belaſteten Sache in dieſer Beziehung gleichgültig ſein muß, wer die Servitut übt, indem ihm der ganze Ertrag oder das beſtimmte Maaß ſtets in gleicher Weiſe entzogen wird. Ferner nehmen aber auch die einzelnen Ausübungshandlungen dadurch für ihn keinen andern Charakter an, daß ſie nicht von dem urſprünglich Berechtigten, ſondern von einem dritten vorgenommen werden, indem hier nur ihr ökonomiſcher Werth für ihn in Betracht kommt, und dieſer, wie geſagt, immer derſelbe bleibt, mag die Ausübung geſchehen, von wem ſie will. Denn bei dem Uſusfruct, welcher ſich auf die ganze Nutzung einer Sache erſtreckt, hört für die Dauer des Uſusfructs faſt jeder

Zusammenhang der Sache mit ihrem Eigenthümer auf, und tritt sie fast nur in Beziehungen zu dem Usufructuar, so daß also eine fortwährende Collision und Reibung beider Berechtigten nicht wie bei andern Servituten stattfindet, weßhalb denn auch auf die Persönlichkeit des Usufructuars für den Eigenthümer weniger ankommt, und er nicht verhindern kann, daß der Berechtigte andere ganz oder theil- und zeitweise mit der Benutzung beauftragt. Bei den dem Ususfruct nachgebildeten Personalservituten, die nicht die ganze Nutzung, sondern nur einzelne Befugnisse umfassen, haben aber die Constituenten dadurch, daß sie dieselben dem Ususfruct und nicht dem Usus ähnlich machten, anerkannt, daß nicht durch die Persönlichkeit des ersten Erwerbers der Charakter derselben bestimmt werden solle, sondern sie, ohne daß sie dadurch eine andere werde, auch von dritten ausgeübt werden dürfe.

Nur in einer Beziehung wirkt die Individualität des Berechtigten auf den Inhalt dieser Servituten ein, nämlich hinsichtlich der Dauer derselben, die ja immer von der Lebensdauer jenes abhängt, und daher kann denn auch der Ususfruct allgemeinen Rechtsprincipien gemäß niemals allein durch den Willen des jetzigen Innehabers so auf einen andern übertragen werden, daß sich die Dauer nun auch nach der Lebensdauer des neuen Erwerbers richten soll, sondern für diese bleibt das durch den ursprünglich Berechtigten gegebene Maaß unverändert bestehen. Daß aber die Ausübung bis zu dem Momente, wo die Servitut aus Gründen in der Person des ersten Erwerbers oder wegen Ablauf der ihm bestimmten Zeit u. s. w. erlöscht, auf einen andern übertragen wird, hat, wie gesagt, keinerlei im Wesen dieser Servituten beruhende Gründe gegen sich.

Wenn sich nun aber auch schon das römische Recht dieser Uebertragbarkeit bewußt geworden wäre, so frägt sich doch noch, ob ihm auch eine geeignete Form zu Gebote stand, um eine solche Uebertragbarkeit einer Servitut auf einen seither Unberechtigten vorzunehmen, und das müssen wir für das ältere Recht durchaus leugnen. Denn durch Verträge konnten selbst bei Anwendung solenner Formen nach einem durch die ganze ältere römische Rechtsauffassung gehenden Princip nur persönliche Ansprüche entstehen, also würde durch Anwendung derselben bei Uebertragung einer Servitut nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den seitherigen Innehaber des

Inhalts entſtanden ſein, daß derſelbe die Ausübung der Servitut Seitens des andern Paſciscenten zu dulden habe, nicht aber konnte dieſer ein ſelbſtändiges dingliches Recht an der Servitutbefugniß geltend machen, das er jedem und namentlich dem Eigenthümer der dienenden Sache gegenüber verfechten konnte.

Von den für die Uebertragung dinglicher Rechte überhaupt angewandten Formen waren aber die letztwilligen Dispoſitionen meiſtens um deswillen unanwendbar, weil über einen eigenen Uſusfruct des Teſtators nie inter mortuos verfügt werden konnte, da er ja mit dem Tode erloſch; wohl aber hätte durch ein Legat per damnationem und ſpäter durch fideicommiſſariſche Auflagen dem Erben die Herausgabe ſeines Uſusfructs an dritte oder Erwerbung fremder Uſusfructe zum Zwecke dieſer Herausgabe auferlegt werden können. Allein ein ſolches Legat ſetzte voraus, daß eine derartige Uebertragung des Uſusfructs ſchon möglich war, und ſich daher ſchon anderwärts eine dazu geeignete Form gebildet hatte, — ſelbſt vermochte das Teſtaments-Recht keine ſolche zu ſchaffen. Seine einzige Wirkſamkeit konnte hier nur auf Erzeugung einer Obligation für den Erben gerichtet ſein; dieſe ausführbar zu machen, lag außerhalb ſeines Bereichs.

Weitere Uebertragungsarten, die in Frage kommen könnten, ſind, da die Mancipation ja wegen ihrer Beſchränkung auf res mancipi ebenfalls unanwendbar war, nur noch die in *iure cessio* und die Tradition. Davon iſt die letztere, die ohnehin eine nur untergeordnete Stellung im alten Rechtsſyſtem hatte, in ihrer urſprünglichen Form nur zur Eigenthumsübertragung geeignet, indem ſie durch den Akt des Hingebens der Sache von dem ſeitherigen Innehaber an den neuen Erwerber ſymboliſch den Uebergang der totalen Herrſchaft darſtellt, ſo daß der ſeitherige Eigenthümer nichts mehr von derſelben behält. Es iſt bei ihr, die nur durch Handlungen, nicht durch Ausſprechen von ſolennen Worten bewirkt wird, keine Möglichkeit gelaſſen, um zu zeigen, daß doch die Herrſchaft über die Sache in der Hauptrichtung bei dem Tradenten zurückbleiben ſoll, und darum konnte eine Servitut durch Tradition nicht entſtehen, und ebenſo auch eine bereits enſtandene nicht weiter tradirt werden, und zwar um ſo weniger, da ſie als res incorporalis durch einen mit der körperlichen Sache vorgenommenen Akt nicht berührt werden

kann. Erſt die ſpätere Zeit wendete die ſpecifiſchen Wirkungen der Tradition, die zum Zwecke der Eigenthumsübertragung geſchieht, auch auf Servituten an, aber nicht, indem ſie die Tradition derſelben für möglich erklärt hätte, ſondern indem ſie ein analoges Inſtitut, die Quaſitradition, d. i. Geſtattung der Ausübung durch den Erwerber Seitens des dazu Berechtigten ſchuf.

So war alſo nur noch die in *iure cessio*, welche ja auch, von der Retention bei der Mancipation abgeſehen, die einzige Form war, durch welche Perſonalſervituten unter Lebenden entſtehen konnten, zur Uebertragung beſtehender Servituten allein von den Inſtituten möglicher Weiſe brauchbar, die das ältere Recht für die Uebertragung dinglicher Rechte kannte. Doch auch ihr ſtanden unüberſteigliche Gründe entgegen.

Der in iure cessio lag bekanntlich die Idee eines fingirten Proceſſes über die zu cedirende Sache zu Grunde. Hätte ein conſtituirter Uſusfruct durch dieſelbe übertragen werden ſollen, ſo hätte der, welcher ihn erwerben wollte, vor dem Richter auftreten und ihn als ſeinen vindiciren müſſen; der ſeitherige Berechtigte würde das haben geſchehen laſſen oder hätte ausdrücklich erklärt, ihm ſtände das Recht nicht zu, und der Richter würde dann ausgeſprochen haben, der Erwerber ſei der Uſufructuar. Dadurch würde nun aber ein ganz anderes Verhältniß herbeigeführt ſein, als das beabſichtigte. Denn wenn der Erwerber fortan ſelbſt Uſufructuar war, ſo mußte auch der Uſusfruct nicht mehr aus Gründen, die in der Perſon des urſprünglich Berechtigten eintraten, erlöſchen, ſondern nur aus ſolchen, die den Erwerber trafen, und das war ſchon gegen den Fundamentalſatz der Lehre von der Uebertragung von Rechten: nemo alii plus concedere potest, quam ipse habet. Man könnte nun freilich einwenden, daß, da dem Uſusfruct ein Endtermin bei der Beſtellung durch in iure cessio beigefügt werden konnte (ſ. oben § 22), ſo hätte ja auch die Uebertragung etwa in der Art geſchehen können, daß der Erwerber die Servitut bis zum Todestage oder bis zum Eintritt einer Capitis Deminution des Cedenten vindicirte. Allein einmal wäre dadurch doch immer noch nicht ein ſolches Verhältniß entſtanden, wie es die wirkliche Uebertragung der Servitut herbeiführen mußte, indem ſie hier, wenn ſie auch in Folge jener Klauſel mit dem Tode des urſprünglich Berechtigten erloſch, doch auch ſchon

bei Lebzeiten deſſelben aus der Perſon des Erwerbers als jetzigen Uſufructuars erlöſchen konnte und nie auf ſeine Erben überging; ſodann war aber die Zufügung jener Beſchränkung nicht die rechtlich mögliche Zufügung eines dies, ſondern die bei der in iure cessio unſtatthafte Zufügung zweier alternativer Reſolutivbedingungen. Denn da es immer ungewiß war, ob die Perſonalſervitut durch Todesfall, oder ob ſie durch Capitis Deminution erloſch, ſo war, wenn es auch gewiß war, daß eine der beiden Endigungsarten eintreten würde, doch ungewiß, welche von beiden das thuen würde, und jede hatte daher den Charakter einer Bedingung, die bei der in iure cessio ebenſo wenig zugelaſſen wurde, wie je ein richterliches Urtheil unter einer Bedingung gegeben werden konnte. Demnach durfte die in iure cessio eines conſtituirten Uſusfructs in keiner Weiſe benutzt werden, um einem dritten ein dingliches Recht auf denſelben zu übertragen.

Es ließe ſich nun freilich auch denken, es hätte ja in der Weiſe die in iure cessio vor ſich gehen können, daß der Prätor dem Vindicanten nicht ſchlechtweg den Uſusfruct zuerkannte, ſondern nur den Uſusfruct des ſeitherigen Berechtigten, ſo daß alſo die obigen Einwendungen vermieden wären. Ein ſolche Ceſſion hätte aber dem ganzen Weſen dieſes Inſtituts widerſprochen. Es gilt allerdings auch von ihr, wie von der wahren res iudicata, der Satz: ius facit inter partes, und ſie konnte ſelbſt da als Uebertragungsform angewandt werden, wo ſonſt gar keine Uebertragung eines Rechts möglich war, wie z. B. bei der Vormundſchaft, die ſie alſo erſt zu einem veräußerlichen Rechte machte. Aber das Recht, welches ſie übertrug, mußte ein ſchon ſonſt im Rechte anerkanntes ſein, es mußte ein wirklicher Proceß darüber möglich ſein, damit ein fingirter angeſtellt werden konnte, und ſo iſt ſie denn, wenn auch mitunter die einzige Uebertragungsform, doch nirgends im Rechte die einzige Entſtehungsform eines Inſtituts geweſen, ſondern immer erſt die ſecundäre Form, welche man ſtatt der urſprünglichen benutzte. So entſtanden Perſonalſervituten gewiß zuerſt durch teſtamentariſche Verfügungen, und als ſie dadurch zur Anerkennung gelangt waren, ließ man eine in iure cessio derſelben zu, und von da an konnten ſie auch unter Lebenden entſtehen. Die älteſten Realſervituten wurden durch Mancipation errichtet, dann auch durch in iure cessio, und nur

wurden auch ſolche ähnliche Bildungen durch Anwendung derſelben geſchaffen, die durch Mancipation nicht mehr entſtehen konnten. Ein derartiges Recht auf einen fremden Uſusfruct, wie wir es eben hinſtellten, kannte nun aber das ganze übrige Recht noch nicht, und konnte es nach den obigen Ausführungen damals auch noch auf keine andere Weiſe entſtehen, was denn alſo zur Folge hatte, daß es auch nicht in iure cedirt werden konnte.

Demgemäß wird denn in mehreren Quellenausſprüchen die Möglichkeit der Uebertragung des Uſusfructs an einen Dritten durch in iure cessio meiſtens bei Gelegenheit der Beſprechung der durchaus zuläſſigen Ceſſion an den Eigenthümer der belaſteten Sache beſtimmt geleugnet[a]), und zwar wird einer derartigen Ceſſion an einen Dritten durchaus jede Wirkung abgeſprochen. So ſagt Gaius (II § 30):

> alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi,

und ebenſo Juſtinians Inſtitutionen (§ 3 de usufr. II, 4):

> item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit).

Trotzdem, daß die in iure cessio in Folge ihrer Natur als Judicat überhaupt nur den Parteien, d. h. dem Cedenten und dem Ceſſionar, gegenüber wirken konnte, und daher die in dieſen Stellen gegebene Entſcheidung allgemeinen Grundſätzen vollkommen entſpricht, hat man doch nach Analogie der Regeln, welche für die Ceſſion einer hereditas nach Antretung derſelben und für die fernere Ceſſion einer ſchon einmal cedirten Tutel über Frauen galten, annehmen wollen, daß eine Ceſſion des Uſusfructs, die den beabſichtigten Erfolg nicht erreiche, doch zu Gunſten des Eigenthümers der belaſteten Sache wirke, indem ſie vermöge des negativen in der in iure cessio enthaltenen Elements dem cedirenden Uſufructuar ſeinen Uſusfruct entziehe und ſo die Freiheit der Sache bewirke.

Wenn aber die Ceſſion einer bereits angetretenen Erbſchaft nur die ererbten Sachen auf den Ceſſionar überträgt, dagegen die For-

---

a) Wenn darum in manchen Stellen (Vat. fragm. § 45; Ulp. Fragm. 19, § 11) ſchlechtweg von der in iure cessio des Uſusfructs geſprochen wird, ſo iſt darunter die Conſtituirung eines Uſusfructs durch in iure cessio zu verſtehen.

derungen der Erbſchaft erlöſchen läßt und auf die Schulden derſelben gar keinen Einfluß übt, ſondern dieſe dem cedirenden erſten Erben nach wie vor obliegen[b]), ſo iſt dieſe über die handelnden Parteien hinausgehende Wirkung der Ceſſion daraus zu erklären, daß auch da, wo der Erbſchaftsproceß nicht bloß fingirt iſt, ſondern ein wirklicher Streit obwaltet, das über die Erbſchaft ergehende Urtheil für dritte Perſonen, wie namentlich für die Erbſchaftsgläubiger und Schuldner, verbindliche Kraft hat[c]). Gegen den bekannten Rechtsſatz „semel heres semper heres“ können die Parteien nicht ſo verfügen, daß Dritten daraus Nachtheil entſteht; da ſie aber für ihren Vertrag die Form des Judicats in Erbſchaftsproceſſen wählten, das vermöge ſeiner eigenthümlichen Natur auch Dritten gegenüber Wirkung zu äußern vermag, ſo tritt der Wille der Parteien überall in Kraft, wo nicht dadurch den Dritten erworbene Rechte entzogen oder ihnen nicht Verpflichtungen aufgebürdet werden. Demnach kann der cedirende Erbe nicht mehr die Erbſchaftsforderungen einklagen, denn es iſt ja im Judicat anerkannt, daß er nicht Erbe ſei; dagegen aber kann der Ceſſionar ſie ebenfalls nicht fordern, denn vermöge jenes Satzes „semel heres semper heres“ iſt er auch nicht Erbe, und es würde daher den betreffenden Schuldnern durch den einſeitigen Act der die Ceſſion vornehmenden Parteien eine ganz neue Schuld auferlegt ſein. Ebenſo wenig kann den Gläubigern das einmal erworbene Recht auf Befriedigung Seitens des wirklichen Erben durch die nachfolgende Ceſſion wieder genommen werden. Wenn demnach hier die in iure cessio auch Nichtpaſciscenten gegenüber Wirkung zu äußern vermag, ſo beruht die Erſcheinung auf der eigenthümlichen Natur des Urtheils in Erbſchaftsſachen, und kann daher hieraus nicht etwa ein beſonderes negatives Element der in iure cessio gefolgert und dieſes zu weitern Deductionen für ganz andere Verhältniſſe benutzt werden.

Daſſelbe gilt von dem andern hierher gezogenen Falle, wo der in iure cessio eine weitergreifende Wirkung zugeſchrieben wird. Nach Ulp. Fragm. tit. 11 § 7 kann der geſetzliche Tutor einer Frau die Tutel einem dritten, dem tutor cessicius, in iure cediren; wenn

---

b) Ulp. Fragm. tit. 19 § 14.

c) L. 17 § 1 de inoff. test. 5, 2; l. 50 § 1 de leg. I. 30; l. 14 de appell. 49, 1.

dieſer aber die Tutel weiter cediren will, fällt ſie an den tutor legitimus zurück. Das Ceſſionsverfahren beruht wieder auf einer fingirten Klage auf Anerkennung in der Tutel; wenn man hier nun auch ganz die Formen eines Privatproceſſes einhielt, ſo war doch wieder das darauf ergehende Urtheil in ſo fern von größerer, gleichſam öffentlicher Bedeutung, als der in demſelben anerkannte Tutor auch allen Dritten gegenüber, die mit der Frau in Rechtsverhältniſſen ſtanden, und dieſer ſelbſt gegenüber als der beſſer Berechtigte anerkannt wurde. Wenn daher bei der in iure cessio die Addiction des Prätors dem Ceſſionar die Tutel zuſprach und dadurch dieſelbe dem ſeitherigen, jetzt cedirenden Tutor nahm, ſo hatte dieſer negative Theil des Judicats, der den rechtlich möglichen Satz ausſprach, daß der Cedent nicht Tutor ſei, allgemeine Anerkennung und Geltung; der poſitive Theil dagegen ſtritt gegen den feſtſtehenden Rechtsſatz an, daß jeder tutor-cessicius ſein Recht unmittelbar vom tutor legitimus ableiten müſſe, und war daher ungültig. Die Frau hatte alſo keinen Tutor, und daher lebte das Recht des tutor legitimus von Neuem auf.

Es ſind nun aber keinerlei Gründe vorhanden, um in einem Proceſſe über eine Servitut dem Urtheil irgend welche über die Parteien hinausgehende anomale Wirkung zu verleihen, vielmehr wird durch das Erkenntniß, welches den Streit zweier Nichteigenthümer über den Uſusfruct endet, der Eigenthümer der belaſteten Sache in keiner Weiſe gebunden ſein, ſondern dem Sieger gegenüber die Freiheit ſeiner Sache von einem dieſen geſchuldeten Uſusfruct verfechten können, wie der in jenem erſten Proceß unterliegende angebliche Uſufructuar doch noch dem Eigenthümer gegenüber die Servitut beanſpruchen kann. Demgemäß kann auch der bei der fingirten Vindication des Uſusfructs Unterliegende, der in iure cedirende Uſufructuar, immer noch ſein Recht dem Eigenthümer der belaſteten Sache gegenüber geltend machen, und kann alſo eine ſolche unſtatthafte Ceſſion eines Uſusfructs an einen Dritten, wie das in den oben citirten Stellen von Gaius und Juſtinian anerkannt iſt, in keiner Beziehung Wirkungen äußern. Gleichwohl aber ſcheint Pomponius eine entgegengeſetzte Meinung auszuſprechen, und das hat Veranlaſſung zur Aufſtellung der eben beſprochenen Anſicht von

der negativen Wirkung einer ſolchen Ceſſion gegeben. In l. 66 de iure dot. 23, 3 ſagt er:

> diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.

Man hat mannigfache Verſuche gemacht, das Anomale dieſer Auffaſſung des Pomponius zu erklären[d]); das Richtigſte möchte aber ſein, wie ſchon oft, zuerſt von *Janus a Costa* (ad § 3. J de usufr.) und zuletzt von Huſchke (Studien S. 240 Not. 7) ausgeführt iſt, daß Pomponius gar keine abweichende Meinung aufſtellt, ſondern von der Frage handelt, ob durch Ceſſion an einen dritten der ſonſt zu erwartende Heimfall des Uſusfructs verhindert und auf dieſe Weiſe z. B. die nachtheiligen Folgen einer Capitis Deminution vermieden werden können. Das leugnet der Juriſt und ſagt, auf den Ceſſionar gehe in Folge der Ceſſion nichts über, ſondern der Uſusfruct verbinde ſich mit dem Eigenthum, d. h. ſobald er nach allgemeinen Regeln in der Perſon des jetzigen Uſufructuars erloſchen ſein wird.

Um zu unſerer Hauptfrage zurückzukehren, ſo werden wir, nachdem wir die einzelnen in älterer Zeit zur Uebertragung dinglicher Rechte beſtimmten Formen nach dieſer Seite hin geprüft haben, zu dem Reſultate gelangt ſein, daß damals der Uſusfruct und die ihm nachgebildeten Perſonalſervituten, wenn auch in ihrer Natur kein Hinderniß lag, doch deßhalb nicht auf andere übertragen werden konnten, weil das Recht keine paſſende Form für eine ſolche Uebertragung darbot; das Bedürfniß war auch nicht dringend genug um hierfür eine eigene Form zu ſchaffen.

Da aber der Uſufructuar unzweifelhaft mit der Ausübung des Uſusfructs andere beauftragen kann, und namentlich auch den aus demſelben gezogenen Ertrag nicht unmittelbar zur Befriedigung ſeines Bedürfniſſes zu verwenden braucht, ſondern ihn z. B. auch jenem, der ihn in ſeinem Auftrage percipirt hat, überlaſſen kann, ſo wird man jeder Zeit durch Verträge mit dem Uſufructuar dieſem die Ob-

d) Der bedeutendſte möchte der von Bugge ſein, im Rhein. Muſeum Jahrg. I. 1. und 2. Heft S. 145—157.

ligation haben auferlegen können, daß er die Benutzung seines Usus-fructs gestatte und sie in keiner Weise störe. Auch kann man, wenn der Berechtigte die ihm zustehenden Klagen cedirt, in dessen Namen die dinglichen Klagen gegen jeden, der den fraglichen Ususfruct beeinträchtigt, anstellen. Allein ein solches Verhältniß ist weit von dem unterschieden, wo das dingliche Recht selbst auf den Dritten übertragen ist. Denn in dem letztern Falle kann man mit der dinglichen Klage selbst dem früheren Berechtigten entgegen treten, im ersteren nur mit der persönlichen, und das hat namentlich beim Concurs desselben gar wichtige Folgen, wo der Erwerber in jenem Falle als Vindicant, in diesem nur, je nachdem er Privilegien hat, in einer der Klassen der Gläubiger auftreten kann. Auch hinsichtlich der Frage, welche Wirkung ein Verzicht des Erwerbers auf den Bestand des Ususfructs ausübt, ist ein Unterschied zwischen den beiden Fällen] vorhanden, indem, wenn eine Uebertragung des dinglichen Rechts selber stattgefunden hat, der Erwerber so gänzlich über dasselbe verfügen kann, daß er es auch durch Verzicht aufzuheben vermag, während er im andern Falle nur auf seinen persönlichen Anspruch verzichten kann, wodurch das dingliche Recht nicht berührt und dem ursprünglich Berechtigten nicht entzogen wird. Diesem wird es dagegen in solchem Falle immer zustehen, zum Nachtheil dessen, dem er die Ausübung zugesagt hat, den Ususfruct durch Verzicht oder Cession an dem Eigenthümer gänzlich aufzuheben, und wenn jener auch auf Grund des Geschäfts, durch welches ihm die Ausübung übertragen ist, häufig auf Entschädigung wird klagen können, so hängt die Wirksamkeit dieses Entschädigungsanspruches von der Solvenz des Verklagten u. s. w. ab, während wenn der Erwerber ein dingliches Recht hat, ihm dieses durch keine Handlung eines dritten entzogen werden kann.

Ob nun das spätere römische Recht dabei stehen geblieben ist, daß nur ein persönlicher Anspruch auf Ausübung eines fremden Ususfructs von dem Usufructuar verliehen werden kann, oder ob die Uebertragung des dinglichen Rechts zugelassen worden ist, das ist eine um so schwieriger zu beantwortende Frage, als keine der Stellen, welche von der Veräußerung des Ususfructs handeln, sich entschieden und ausdrücklich hierüber erklärt, ja es fast den Anschein hat, als ob die klassische Jurisprudenz kaum zum Bewußtsein des vorhandenen

Rechtszuſtandes hinſichtlich dieſer Lehre gelangt iſt und darum auch das Recht, wenigſtens ſoweit es uns in unſern Quellen entgegentritt, keinen feſten Abſchluß und keine Durchbildung erhalten hat.

Um nämlich die Erſcheinung, welche am meiſten und am unzweifelhafteſten dafür ſpricht, daß auf den Uſusfruct ein dingliches Recht durch einen Dritten erworben werden kann, an die Spitze zu ſtellen, ſo ſagt die l. 11 § 2 de pign. 20, 1:

> *Marcianus* libro singulari ad formulam hypothecariam. — Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum Praetor tuebitur, *si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit;* nam et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio.

Es wird alſo hier von dem Schutz eines Pfandrechts geredet, das der Uſufructuar an ſeinem Uſusfruct conſtituirt, und zwar ſtellt der Juriſt Fauſtpfand und Hypothek des Uſusfructs darin gleich. Derſelbe Marcian erwähnt noch in einer andern Stelle die Verpfändung eines Uſusfructs Seitens des Uſusfructuars, nämlich in l. 8 pr. quibus mod. pignus 20, 6:

> Sicut re corporali extincta, ita et usufructo extincto *pignus hypothecave* perit.

Denn da bei der Verpfändung eines Uſusfructs Seitens des Eigenthümers, ſo lange das Pfandrecht exiſtirt, noch gar kein Uſusfruct ſtattfindet, ſondern dieſer erſt conſtituirt wird, wenn das Pfandrecht realiſirt wird und damit erlöſcht[e]), ſo kann für dieſen Fall der Satz nicht gelten, daß das Pfandrecht untergeht, wenn der Uſusfruct erlöſcht, und die Hypothek und das Fauſtpfand, von denen Marcian ſpricht, müſſen daher an einem ſchon conſtituirten Uſusfruct beſtehen. Endlich erwähnt auch Gaius in l. 15 pr. de pign. 20, 1 eine von einem Uſufructuar beſtellte Hypothek an den Uſusfruct.

---

e) Siehe unten in der Lehre von der Entſtehung des Uſusfructs.

Könnte nun der Usufructuar auch im spätern römischen Recht wirklich nur ein persönliches Forderungsrecht auf Ausübung der Servitut bestellen, so würde er durch solche Verpfändung auch nur diesen persönlichen Anspruch gegen sich selbst verpfänden, d. h. mit andern Worten, die Verpfändung wäre ein bloßes Spiel, durch welches der Gläubiger nichts anders erhielte, als was er schon hat, nämlich ein persönliches Recht an den Schuldner, dagegen aber keinen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem Erlöse der verpfändeten Sache, sondern als Innehaber einer Forderung würde er im Concurs nur mit den übrigen Gläubigern rangiren und auf dieselben Befriedigungsmittel angewiesen sein, wie diese f).

Gleichwohl aber sprechen drei Juristen, Marcian, Papinian und Gaius von einem Pfandrechte an einem schon constituirten Ususfruct, nicht wie von einem Gebilde juristischer Spitzfindigkeit, zu dem sie gelangten, indem sie die beiden Institute des Pfandrechts und des Ususfructs zu einem Product ohne Rücksicht auf dessen practische Brauchbarkeit zu combiniren suchten, sondern als von einem wirklich im Leben angewandten Verhältniß, für das sogar ausdrücklich der Schutz des Prätors zu beanspruchen sei. Von wahrem Nutzen konnte das Pfandrecht aber niemals sein, wenn es nur in einem persönlichen Rechte an den Verpfänder selbst bestand, und da es vorkommt, so mußte es auch von Nutzen sein und also an dem dinglichen Rechte bestehen.

Man hat dagegen wohl behauptet, das Pfandrecht werde in solchem Falle nicht an dem Ususfruct, sondern an den Früchten, welche erst aus demselben gezogen werden sollen, bestellt; allein wenn ein solches Pfandrecht auch durchaus vom Usufructuar verliehen werden kann, indem ja die künftigen Früchte nach ihrer Perception zu seinem Vermögen gehören werden, so spricht doch dagegen die Annahme, daß in den Fällen der l. 11 und l. 8 Marcian

f) Es ist im höchsten Grade auffallend, daß fast kein einziger Schriftsteller und namentlich auch keiner der neuern, die so ausführlich über die Verpfändung der Servituten gehandelt haben, diese Frage scharf ins Auge faßt, und die Consequenzen der herrschenden Lehre über die Veräußerung des Ususfructs beleuchtet. Fast durchgängig begnügt man sich damit zu sagen, der Ususfruct könne nicht dem Rechte, sondern nur der Ausübung nach verpfändet werden.

ein ſolches im Sinne gehabt habe, die gebrauchte Ausdrucksweiſe, wonach pignus und hypotheca am Uſusfruct ſelbſt beſtehen ſoll. Sodann ſagt Gaius in l. 15 pr. de pignor. 20, 1:

> Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea, quae nascuntur, siat hypothecae obligata. Idque servandum est, sive *dominus fundi* convenerit aut *de usufructu*, aut *de his, quae nascuntur*, sive is, *qui usumfructum habet*, sicut Julianus scribit.

Während er hier die Zuläſſigkeit eines ſolchen Pfandrechts an den Früchten zugeſteht, ſagt er weiter, daß dieſes auch da eintrete, wo der Uſusfruct vom Eigenthümer oder dem Uſufructuar verpfändet iſt. Er ſtellt dabei am Schluſſe vier Fälle auf, nämlich:

1) der Eigenthümer verpfändet { a) den Uſusfruct, b) die künftigen Früchte,
2) der Uſufructuar verpfändet { a) den Uſusfruct, b) die künftigen Früchte,

und unterſcheidet alſo ausdrücklich zwiſchen Verpfändung der Früchte und Verpfändung des Uſusfructs ebenſo für den Uſufructuar als für den Eigenthümer; ein ſolcher Unterſchied kann aber nur ſtattfinden, wenn das Pfandrecht das dingliche Recht ſelbſt zu ergreifen vermag. Endlich aber würde ein ſolches Pfandrecht an den Früchten niemals den Gläubiger ermächtigen, die Detention der ganzen körperlichen Sache, aus welcher die Früchte gezogen werden ſollen, in Anſpruch zu nehmen, und wie dies niemand behaupten wird, wenn der Eigenthümer eines Guts z. B. die Ernte des folgenden Jahrs verpfändet hat, ſo wird es auch nicht zugeſtanden werden können, wenn der Uſufructuar die Früchte verpfändet hat. Dennoch verſpricht die l. 11 dem Pfandgläubiger Schutz in der Ausübung des Uſusfructs. Nun könnte freilich zu einer Verpfändung der Früchte durch einen hinzutretenden Vertrag dem Gläubiger die Befugniß ertheilt werden, die Früchte ſelbſt zu ziehen, d. h. den Uſusfruct auszuüben; allein von einem ſolchen Fall kann die l. 11 nicht reden, indem dort dem Pfandgläubiger ganz allgemein und eben als Pfandgläubiger die Befugniß zum uti frui zugeſprochen wird. Demnach wird die Anſicht, daß bei Verpfändung des Uſusfructs ſtets nur ein Pfandrecht an den Früchten beſtellt wird, unhaltbar ſein.

Weiter habe ich die Meinung äußern hören, bei der Verpfändung des Usufructs werde in derselben Weise, wie bei der Verpfändung einer Forderung, die Klage verpfändet, welche aus dem Rechte hervorgehe, und der Pfandgläubiger habe daher die aus dem Usufruct entspringenden Klagen geltend zu machen oder zum Zwecke der Befriedigung zu verkaufen, ohne daß darum der Usufructuar aufhöre, der wirkliche Innehaber der Servitut zu sein, wie auch bei der Verpfändung der Forderung der Verpfänder nicht aufhöre, Gläubiger zu sein. Allein die beiden hier zusammengestellten Verhältnisse sind doch in Wirklichkeit ganz verschieden. Jeder Forderung entspricht nur eine einzige Klage, zu welcher der Keim gleich bei Entstehung der Forderung gelegt war, und die zugleich das wichtigste und unfehlbarste Mittel ist, um das Forderungsrecht zu realisiren. Wird daher mit dem Act der Verpfändung dem Gläubiger und Pfandschuldner das Klagrecht genommen, und auf den Pfandgläubiger oder später auf den Pfandkäufer übertragen, und weiter dem Schuldner untersagt, die verpfändete Schuld an den Verpfänder zu tilgen, so hat das für den Pfandgläubiger denselben Werth, als ob er die verpfändete Forderung so veräußern könne, daß ein neuer Gläubiger in dieselbe eintrete. Da er das Klagrecht beanspruchen kann, bedarf er des Forderungsrechtes nicht. — Ganz anders verhält es sich aber mit dem Usufruct. Keineswegs entsteht sogleich mit ihm ein Klagrecht, sondern es muß erst noch eine Verletzung desselben hinzukommen; da solche von verschiedenen Seiten und in verschiedener Weise erfolgen kann, sind mit ihm möglicher Weise auch unzählige Klagrechte verbunden, und jeder Augenblick kann neue schaffen, weßhalb denn schon, bestände die Verpfändung des Usufructs in der Verpfändung der daraus fließenden Klagen, in dieselbe ganz anders, wie bei der Verpfändung einer Forderung, nicht nur die schon damals existirenden Klagen, sondern, da solche ja möglicher Weise noch gar nicht vorhanden sein konnten, alle, die noch entstehen werden, eingeschlossen sein müssen. Sodann aber ist das Klagerecht auch gar nicht die nächste und wichtigste Folge des Usufructs, vielmehr besteht diese in der unmittelbaren Ausübung, und hätte daher der Pfandgläubiger nur einen Anspruch auf die Klagen, so fehlte ihm, falls kein Grund zur Anstellung von Klagen wegen Verletzung des Usufructs vorhanden ist, jedes Mittel, um sein Pfandrecht zu realisiren. Wäre der Verpfänder selbst noch

im Quasibesitz des Ususfructs, so könnte seine persönliche Klage gegen diesen helfen, aber auch nur, wie oben gesagt ist, wenn letzterer nicht in Concurs gerathen ist; hat dieser aber nach der Verpfändung den Ususfruct an den Eigenthümer der belasteten Sache cedirt, oder den Quasibesitz dritten übertragen, so hilft die persönliche Klage diesen gegenüber nicht, und da die jetzigen Innehaber doch nicht den Ususfruct unrechtmäßig verletzt haben, als sie ihn von dem Berechtigten erhielten, so kann der Pfandgläubiger, wenn sein Recht nur auf die aus dem Ususfruct fließenden Klagen gerichtet wäre, gegen sie keine Klage erheben, und sein Pfandrecht wäre in dem regelmäßigsten Falle nutzlos. Nun wird man freilich entgegenhalten, der Usufructuar dürfe nach der Verpfändung nicht mehr die Ausübung des Ususfructs an andere übertragen, und jede Uebertragung sei daher nichtig, und das Innehaben des Ususfructs Seitens eines Dritten darum als ungerechtfertigte Verletzung desselben zu behandeln, die eine Klage erzeuge, und damit gesteht man uns denn auch schon eine wichtige Consequenz der behaupteten Verpfändung des dinglichen Rechts zu; allein wenn man unsere Auffassung nicht theilt, wird man für diese Beschränkung vergebens nach Analogien suchen. Denn dem Verpfänder einer Forderung wird noch immer die Befugniß zustehen, diese Forderung an andere zu cediren, wie der Verpfänder einer körperlichen Sache dieselbe noch immer verkaufen kann. Sodann aber bleibt auch immer noch mein Hauptgrund bestehen, daß der Pfandgläubiger dem Usufructuar selbst und seiner Masse gegenüber keine dingliche Klage hat, und demnach ein solches Pfandrecht in der wichtigsten Beziehung, mit Rücksicht auf welches es hauptsächlich, ja fast ausschließlich bestellt wird, schutzlos wäre.

Man könnte allenfalls noch einwenden, es sei bei Verpfändung des Ususfructs die quasi possessio, die Ausübung, verpfändet, so daß der Pfandgläubiger die Detention der belasteten Sache erhalte und darin geschützt werden solle. Allein beide Stellen Marcians sprechen ausdrücklich vom Faustpfand und der Hypothek, und die des Gaius sogar nur von der letztern; diese setzt aber denn doch immer voraus, daß sie nicht mit Besitzübertragung verbunden und ferner auch, daß sie mit einer hypothecaria actio geschützt ist. Wie diese beschaffen ist, wird wieder nicht angegeben; allein auf keinen Fall geht sie nur auf den Besitz, da eine dingliche Klage, welche nicht

das Recht, ſondern nur den Beſitz deſſelben impetriren ſoll, ein juriſtiſches Unding iſt. Nur ein dingliches Recht wird mit einer dinglichen Klage geſchützt, und deßhalb muß dieſe hier die Klage auf die Servitut ſein, d. h. die vindicatio servitutis hypothecaria.

Nun iſt es freilich auffallend, daß die l. 11 nicht auch dieſe dem Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer der belaſteten Sache zuſpricht, und nur von einer Einrede handelt. Ich möchte das ſo erklären: Marcian ſucht für ſeine Anſicht von der Zuläſſigkeit derartiger Verpfändungen, wofür er Papinians Auctorität anführt, Anknüpfungspunkte im anerkannten Rechte. Er findet da nun aber keine andern, als daß der Prätor dem Käufer eines Uſusfructs Schutz in der Ausübung gegen den Eigenthümer der dienenden Sache durch eine Exception verſprochen hatte, und ohne zu berückſichtigen, daß dieſer Käufer ſeither nur einen obligatoriſchen Anſpruch dem zunächſt Berechtigten und nur aus deſſen Perſon ein dingliches Recht dem Eigenthümer gegenüber hatte, wendet er dieſe Exception analog auf den Pfandgläubiger an. Daß dieſer, ſobald ſein Pfandrecht anerkannt wurde, auch noch andere Schutzmittel nothwendig haben mußte, verſchweigt er, da das zu ſeinem Zwecke unnöthig war.

Wenn nun das Pfandrecht an dem dinglichen Rechte ſelbſt beſtellt wird, ſo hat damit auch der Pfandgläubiger das Recht, ſich aus der Veräußerung dieſes Pfandobjects bezahlt zu machen, und der Käufer muß es dann in derſelben Weiſe erwerben, wie es ſeither bei dem verpfändenden Uſufructuar war. Da es ferner gegen das Weſen dinglicher Rechte iſt, daß es gleichzeitig in derſelben Weiſe und demſelben Umfang mehreren ungetheilt zuſteht, ſo muß der Uſusfruct dem ſeitherigen Innehaber verloren gehen, wenn gleich es noch immer in Folge der Abhängigkeit, in welcher er von den Schickſalen der Perſon der früher Berechtigten ſteht, heißen kann: ad eum ususfructus pertinet[g]).

g) Die Formel der actio hypothecaria lautete demnach für einen ſolchen Fall, wenn wir ſie analog der Faſſung conſtruiren, welche ſie für den Fall der Verpfändung einer körperlichen Sache wahrſcheinlich hatte [vgl. Rudorff, die Pfandklagen in der Zeitſchrift für geſch. Rechts-W. Bd. 13 S. 226—237] ungefähr alſo: Octavius iudex esto. Si paret usumfructum fundi Semproniani, q. d. a., ab eo, cuius tum fuit, ob pecuniam promissam Aulo Agerio pignus datum, eamque pecuniam neque solutam neque eo ne-

Es frägt ſich, ob dieſe Uebertragbarkeit des Uſusfructs, die mit Nothwendigkeit aus der Zulaſſung ſeiner Verpfändung folgt, nur auf dieſen einen Fall beſchränkt geblieben iſt, oder ob jetzt auch durch freiwillige Uebertragung des Rechts Seitens des Uſufructuars ein dingliches Recht erworben werden kann. Schon die im ganzen Pfandrecht uns entgegentretende Erſcheinung, daß nur das verpfändet werden darf, was der Verpfänder auch veräußern kann, dürfte zu dem Rückſchluß ermächtigen, daß, was verpfändet werden kann, auch veräußert werden darf, und es iſt nicht abzuſehen, wie der Pfandgläubiger, der beim Pfandverkauf als Stellvertreter des Uſufructuars handelt, und ſeine Befugniſſe nur aus dieſer Stellvertretung herleitet, mehr Rechte übertragen ſoll, wie der Vertretene ſelbſtändig zu conſtituiren im Stande iſt. Wir kommen demnach zu dem Reſultate, daß das Recht ſpäteſtens mit dem Moment, wo es den Uſusfruct Gegenſtand einer Hypothek ſein ließ, auch indirect die Uebertragbarkeit des Rechts ſelbſt anerkannt hat, und zwar wurden die Schwierigkeiten, welche in dem Mangel einer zur Uebertragung geeigneten Form lagen, dadurch gehoben, daß man die Verträge und zwar zunächſt den Kauf, die man ſeither zur Entſtehung des perſönlichen Forderungsrechts auf Ausübung der Servitut benutzt hatte, nun zur Uebertragung des dinglichen Rechts ſelbſt anwandte[h]).

Wenn wir hiermit die Ausſprüche der Quellen zuſammenhalten, ſo haben wir zuerſt alle die Stellen, als gar nicht hierher gehörig, auszuſcheiden, welche von einer Verpachtung des Uſusfructs reden[i]), indem da in Gemäßheit des Weſens dieſes Geſchäfts und ganz analog, wie bei der Verpachtung der körperlichen Sache, das ding-

---

mine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur, satisve fiat, nisi arbitratu tuo Numerius Negidius Aulo Agerio usumfructum restituet, quanti ea res erit, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, s. n. p. a.

h) Nimmt man an, daß Servituten durch den bloßen Vertrag nicht conſtituirt werden können, ſondern Quaſitradition hinzutreten muß, um das dingliche Recht zu begründen, ſo muß man analog auch zur Uebertragung des Uſusfructs Quaſitradition fordern, die zu jenem Vertrage hinzutritt. Davon das Nähere unten.

i) L. 12 § 2, . 38 de usufr. 7, 1; l. 29 quib. mod. usufr. 7, 4.

liche Recht beim Verpachter zurückbleiben muß, und nur die Geſtattung der Ausübung gegen einen nach Maaßgabe der Dauer derſelben zu beſtimmenden Miethpreis k) verſprochen wird. Auch da, wo ein Kaufgeſchäft über den Uſusfruct abgeſchloſſen iſt, iſt nicht immer nöthig, daß dieſes ſtets das dingliche Recht ſelbſt betroffen hat, ſondern ſelbſt nachdem die Uebertragbarkeit deſſelben anerkannt worden iſt, kann doch noch immer die allein auf perſönliche Geſtattung beruhende Ausübungsbefugniß, ebenſo wie ſie es vor dieſem Fortſchritt des Rechts geweſen iſt, Gegenſtand des Geſchäfts ſein, und unterſcheidet ſich dann ein ſolcher Kauf dadurch von der Miethe des Uſusfructs, daß der Preis hier ein für alle Mal beſtimmt und nicht erſt von der Dauer des Uſusfructs abhängig gemacht iſt. In dieſem Falle bleibt das dingliche Recht immer noch bei dem Veräußerer zurück, und die Ausübung reviviscirt für ihn, ſobald der Erwerber ſie aufgiebt. So haben wir es zu erklären, wenn in den Stellen, welche von dem Untergang des Uſusfructs durch non usus reden, häufig geſagt wird, daß der, welcher den Uſusfruct verkauft habe, ihn doch noch, wenn derſelbe auch gar nicht vom Käufer benutzt werde, retinire, weil er ja aus dem dafür gelößten Gelde Nutzen ziehe, und ſo denn doch der Uſusfruct nach einer Seite hin fortwährend wirkſam ſei. Und dieſe Stellen können um deswillen nicht dahin erklärt werden, daß ſie die Anſchauung des frühern Rechts vorausſetzen, wonach durch Verkauf ſtets nur ein perſönliches Recht auf die Ausübung übertragen wurde, weil ſie zum Theil von demſelben Marcian und von Gaius herrühren, welche die Verpfändung des Uſusfructs und damit die Uebertragbarkeit dinglichen Rechts, wie wir ausführten, anderswo zugeſtehen l).

---

k) L. 9 § 1 loc. cond. 19, 2.

l) L. 38–40 de usufructu:

38. *Marcianus* libro III Institutionum. — Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine eius alius, puta, qui *emit*, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quod, si *vendidero* usumfructum, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere*,

39. *Gaius* libro VII ad Edictum provinciale, — quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

Es ſcheint ſogar, da die Conſtituirung eines perſönlichen Forderungsrechts auf Ausübung des Uſusfructs ſchlechtweg Verkauf des Uſusfructs genannt wird, daß dies der regelmäßigere und gewöhnlichere Fall war, ja der Verkehr hat vielleicht gar nicht von der ihm durch den Fortſchritt des Rechts gebotenen Freiheit Gebrauch gemacht, ſondern mag in alter unveränderter Weiſe die Formulare, welche bei Kaufgeſchäften über beſtehende Uſusfructe üblich waren, beibehalten und darnach die Geſchäfte in herkömmlicher Weiſe conſtituirt haben. Dazu war er jedoch nur da berechtigt, wo es ganz in dem Belieben der Contrahenten ſtand, was ſie übertragen wollten. Es giebt aber auch Fälle, wo der Uſufructuar rechtlich verpflichtet war, den Uſusfruct ſo viel wie möglich in der Weiſe, wie er ihn hatte, alſo dem dinglichen Rechte nach, auf andere zu übertragen, und wir haben daher zu unterſuchen, wie ſich die Quellen in dieſen Fällen verhalten.

Wenn ein Uſusfruct zur Dos beſtellt war, wie das bei der häufigen und allgemeinen Anwendung deſſelben leicht geſchehen konnte, ſo mußte nach dem ganzen Geiſte des Dotalrechts der Mann nach Aufhebung der Ehe möglichſt das reſtituiren, was er erhalten hatte. Da die ältere Zeit aber keine Form für die Uebertragung des dinglichen Rechts kannte, ſo blieb nichts übrig, als daß der Mann die

---

40) *Marcianus* libro III Institut. — Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur. Vgl. l. 12 § 2 de usufr. 7, 1. Am unzweifelhafteſten wird die im Text erwähnte Anſchauung des ältern Rechts eingehalten in l. 29 pr. und § 1 quib. mod. usufr. 7, 4, wo Ulpian ſagt: Pomponius quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Seio non deducto usufructu, an usumfructum per emtorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen *usumfructum amitti*, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emtor. Teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse; quamquam si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur usufructus; sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum *amitti*, non enim meo nomine fruitur colonus. § 1. Sed si emtum a me usumfructum proprietarius vendidisset, *an amitterem usumfructum*, quaerendum est. *Et puto amitti*, quoniam et hic non ut a me emto fruitur fundi emtor.

Ausübung des dem Rechte nach ihm verbleibenden Ususfructs der Frau gestattete. Demgemäß sagt denn Pomponius, der ja auch, in der eben citirten l. 29 quibus modis usfr. beim Verkauf des Ususfructs das dingliche Recht beim Usufructuar läßt, in der l. 66 de iure dotium 23, 3, nachdem er auseinandergesetzt hat, wie der Ehemann der Frau nicht den Ususfruct cediren könne, Folgendes:

> Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno[m]), *ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.*

Also weiß Pomponius noch kein anderes Mittel, um die Dos zurückzuerstatten, als Gestattung der Ausübung, und selbst diese wird durch ein fast schüchternes „Quidam-putaverunt“ eingeleitet, was darauf deuten mag, wie selten noch damals der Ususfruct zur Dos bestellt wurde, und wie sich darum noch keine feste Ansicht über das einzuhaltende Verfahren gebildet hatte.

Marcellus, der auf jeden Fall später wie Pomponius schrieb, ja ihn in l. 16 § 1 qui test. fac. 28, 1 und in l. 29 quib. mod.

---

m) Der Grund, weßhalb hier, wo der Mann doch in Folge einer Rechtsverbindlichkeit restituiren muß, dafür die Form eines Kaufs oder einer Miethe gewählt wird, bei denen für die Restitution ein allerdings im Vergleich zu der Dos fast werthloser Preis (nummus unus) gegeben wird, möchte einmal sein, weil die Ueberlassung der Ausübungsbefugniß seither immer nur durch eins dieser Geschäfte oder durch Schenkung zu geschehen pflegte (l. 12 § 2 de usufr. 7, 1), man aber von der letzteren die Restitution in vorliegendem Falle scharf unterscheiden wollte, da sie ja nur in Folge einer obliegenden Verpflichtung geschah — sodann aber hauptsächlich, um der Frau eine neue und vortheilhaftere Klage zu schaffen. Zunächst stand ihr nur die actio de dote zu, um auf Restitution zu klagen, die hier in der Gestattung der Ausübung bestand, also nicht, wie da, wo körperliche Sachen zu restituiren waren, in einem einmaligen Akt, sondern in einem fortwährenden Verhältniß Die actio de dote ging nun aber nicht auf die Erben der Frau über, und deßhalb hatten sie kein Rechtsmittel, um sich in der Ausübung des Ususfructs zu erhalten, und die von der Frau erreichte Restitution der dos nützte ihnen nicht, während, wenn körperliche Sachen der Gegenstand gewesen wären, diese auf sie vererbt wären. Um ihnen daher durch Erwerbung der Kauf- und Miethklagen einen gleichen Vortheil zu gewähren, ersann man das obige Mittel. Vgl. Arndts, aphoristische Bemerk. in der Gießer Zeitschr. Neue Folge Bd. 8 S. 92 fgg.

usufr. 7, 4 und vielleicht nicht auch in der gleich zu erwähnenden Stelle commentirt zu haben ſcheint, geht ſchon einen Schritt weiter. In l. 57 soluto matrimonio 24, 3 führt er zuerſt in indirecter Rede und alſo als fremde Meinung den Satz an:

> eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, *quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius.*

Er unterſucht nun zur Interpretation dieſes Satzes zunächſt, ob auch immer die Erben der Frau die Ausübung des zur dos gegebenen Uſusfructs beanſpruchen könnten, und kommt zu dem Reſultat, daß dies nicht der Fall ſei, wenn die Frau einen ihr ſelbſt zuſtehenden Uſusfruct an der Sache des Mannes dieſem, um ihm eine Dos zu beſtellen, cedirt habe. Sodann kommt er auf die Frage, wie da, wo der Ehemann nicht zugleich Eigenthümer iſt, alſo den Uſusfruct nicht von Neuem für die Frau conſtituiren kann, die Uebertragung geſchehen ſolle, und ſchlägt da vor, es müſſe mit Zuſtimmung des Eigenthümers der Ehemann auf ſeinen Uſusfruct verzichten, und der Frau dann ein neuer conſtituirt werden, oder es müſſe die Reſtitution geſchehen „*cautionibus interpositis, ut, sicut potest, .rir iure suo cedat*[a]) *mulieri, fruique eam patiatur*“, d. h. durch die Abgabe der Erklärung Seitens des Berechtigten, daß er ſein Recht zu Gunſten der Frau aufgebe, und dulden werde, daß ſie den Fruchtgenuß ziehe, ein Verhältniß, das, wie Marçell ausdrücklich zu erwähnen nöthig findet, rechtlich zuläſſig iſt (sicut potest). Hiernach verliert ſchon der Mann ſein dingliches Recht (iure suo cedat), während es nach der l. 66 des Pomponius bei ihm zurückbleibt, und eines Verkaufs oder einer Vermiethung des Uſusfructs, wie jene Stelle ſie fordert, bedarf es nicht mehr, um den Erben eine Klage zu ſchaffen, ſondern dieſen ſteht die dingliche Servitutenklage zu. Das möchte auf einen Fortſchrittt der Rechtsanſichten und einer innerhalb der Zeit der klaſſiſchen Jurisprudenz vor ſich gegangene Rechtsänderung deuten.

---

a) Daß dies „cedat“ nicht auf die in iure cessio zu beziehen iſt, und demnach dieſe hier nicht etwa für zuläſſig erklärt wird, beweiſt ſchon die Conſtruction mit dem Ablativ, während es da, wo es jenen engern Sinn hat, mit dem Accuſativ conſtruirt zu werden pflegt. Vgl. *Brissonius* et *Dirksen* s. v. cedere. Hier ſteht das „cedat“ in der allgemeinen Bedeutung „aus ſeinem Rechte weichen“, „es aufgeben“.

Der zweite Fall, wo der Usufructuar verpflichtet ist zur möglichst vollständigen Herausgabe des Ususfructs, findet da statt, wo ein Testator dem Legatar, für den er einen Ususfruct constituirt hat, die Auflage macht, denselben einem dritten zu restituiren. Davon handelt die l. 29, quib. mod. usufr., deren ersten Theil wir oben besprachen, in ihrem § 2. Ulpian sagt hier:

> Idem *Pomponius* quaerit, si legatum mihi usumfructum rogatus sim tibi restituere, an per te frui videar, nec amittatur ususfructus? Et ait, dubitare se de hac quaestione; sed est verius, quod *Marcellus* notat, nihil hanc rem fideicommissario nocere, suo enim nomine utilem actionem eum habiturum.

Also kann derselbe Pomponius sich auch für diesen Fall nicht dazu entschließen, die Möglichkeit der Uebertragung des dinglichen Rechts anzunehmen. Marcellus geht wieder weiter, aber freilich, indem er hier eine ganz neue Bahn einschlägt. Da, wie es scheint, der Satz, daß der Ususfruct dem dinglichen Rechte nach übertragen werden könne, damals jedoch nicht zur Stetigkeit und in dem Rechtsbewußtsein der Gesammtheit zur allgemeinen Anerkennung gelangt war, so lag es hier nahe, von einem Gesichtspunkt Gebrauch zu machen, durch den dasselbe erreicht und dem Fideicommissar ein dingliches Recht auf den Ususfruct gewährt wurde, und der sich gleichwohl auf die geltenden Rechtsansichten basirte. Marcellus faßt nämlich das auf Herausgabe des Ususfructs gerichtete Fideicommiß als Bestellung eines secundären Ususfructs auf, und gesteht darum dem Fideicommissar eine selbständige Klage auf den für ihn selbst constituirten Ususfruct zu, so daß also einmal dem Legatar der Ususfruct legirt, diesem aber ein Endtermin beigefügt ist, und weiter, der Ususfruct an derselben Sache einem andern durch Fideicommiß vermacht, ihm aber ein Anfangstermin beigefügt ist. Wie jeder durch Fideicommiß constituirte Ususfruct erzeugte auch dieser nur eine actio utilis.

Daß dies der Sinn der Worte des Marcellus ist, dafür spricht auch die l. 4 quib. modis ususfr. 7, 4, wo Marcian sagt:

> Si legatum usumfructum legatarius alii restituere rogatus est, id agere Praetor debet, ut ex fideicommissarii persona magis, quam ex legatarii pereat ususfructus.

Denn wenn ſich hier die Dauer des Uſusfructs nach der Perſon des Fideicommiſſars richten ſoll, ſo iſt das nur möglich, wenn er ſelbſt Uſufructuar iſt, und alſo neben dem zunächſt conſtituirten Uſusfruct für den Legatar, noch ein anderer für jenen errichtet iſt.

Daß aber auch die Auflage, welche der Teſtator beabſichtigte, fortwährend noch dahin gehen kann, nur die Ausübungsbefugniß zu übertragen, erſehen wir aus l. 9 pr. usufruct. quemadm. 7, 9, wo Ulpian, der uns die Meinung des Marcellus in der beſprochenen l. 29 referirt, die Frage abhandelt, wer in einem ſolchem Falle dem Eigenthümer die Caution zu beſtellen habe, und dabei zu folgendem Reſultat kommt:

> Et est expedituis hoc dicere, si mihi spes aliqua durat ususfructus, et, quum tu amiseris, potest ad me recidere, hoc est ad legatarium, ita rem expediri, ut tu mihi, ego domino proprietatis caveam. Quodsi fideicommissarii causa ususfructus mihi relictus est, nec est ulla spes ad me revertendi fructus, recta via fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis.

Hier unterſcheidet er alſo den Fall, wo der Uſusfruct fideicommissarii causa dem Legatar hinterlaſſen iſt, und er daher für dieſen ganz aufhört, von dem, wo er ihm wieder zufallen kann. Dieſes Reſultat könnte freilich auch dadurch bewirkt werden, daß neben den beiden für den Legatar und für den Fideicommiſſar conſtituirten Uſusfructen noch ein dritter zu Gunſten des Legatars dahin beſtellt iſt, daß dieſer beginnen ſoll, wenn jener zweite beendigt iſt, es wird aber gewöhnlicher ſein, daß in ſolchem Falle der Legatar nur die Ausübung dem Fideicommiſſar für eine beſtimmte Zeit oder für die Dauer des Lebens des letztern geſtatten ſoll. Und darauf deuten auch die Beſtimmungen Ulpians über die Art und Weiſe der Cautionsbeſtellung, indem ſonſt doch der Fideicommiſſar als Inne-haber eines ſelbſtändigen Uſusfructs auch dem Eigenthümer gegen-über eine Caution beſtellen müßte, da nur er für die Zeit ſeines Rechts demſelben wegen Beſchädigungen haften würde. Dagegen aber ſoll er nur dem Legatar und dieſer dann dem Eigenthümer caviren, ſo daß ſich alſo letzterer nur an den Legatar als einzigen wirklichen Uſufructuar halten kann, während der Fideicommiſſar nur als in perſönlichen Rechtsverhältniſſen mit dem Legatar ſtehend erſcheint.

Es läßt ſich nicht leugnen, daß wir nur wenig Anhaltspunkte haben, um zu beweiſen, daß die ſpätere römiſche Jurisprudenz ſich des Fortſchritts, den das Recht durch die Zulaſſung eines Pfandrechts am Uſusfruct gemacht hatte, auch in allen ſeinen Conſequenzen bewußt geworden ſei. Allein wenn uns auch dieſe ganz fehlen, werden wir doch nicht umhin können, die Uebertragbarkeit des Uſusfructs als ein Product des ſpätern römiſchen Rechts anzuerkennen, indem ſie, wie wir gezeigt zu haben hoffen, ſo eng mit der Verpfändbarkeit desſelben zuſammenhängt, daß eine einheitliche Rechtsbildung letztere ohne erſtere nicht zulaſſen kann. Dieſe Einheit iſt aber ein ſo weſentliches Erforderniß jedes Rechts, daß wir ſie auch dem ſpätern römiſchen Rechte vindiciren müſſen, und demgemäß auch da eine Fortbildung des Rechts annehmen dürfen, wo ſich die damalige Rechtswiſſenſchaft derſelben ſelbſt nicht bewußt geworden ſein ſollte.

Um das Geſammtreſultat der Erörterungen dieſes Paragraphs zuſammenzuſtellen, ſo haben wir folgende Sätze gefunden.

1) Es iſt dem Weſen des Uſusfructs durchaus nicht zuwider, wenn derſelbe vom Uſufructuar auf einen andern übertragen wird, ſobald er nur dadurch nicht die ihm durch die Individualität des zunächſt Berechtigten geſetzten Zeitgrenzen überſchreitet.

2) Das ältere römiſche Recht geſtattete aber nicht, daß der Uſusfruct auf andere übertragen wurde, weil ihm eine dazu geeignete Form fehlte; dagegen konnten Forderungsrechte auf die Befugniß, einen fremden Uſusfruct auszuüben, ſtets gerichtet ſein, und waren dieſelben Gegenſtand von Kauf- und Miethverträgen, Schenkungen, letztwilligen Verfügungen u. ſ. w.

3) Allmählig drang die Idee durch, daß auch das Recht ſelbſt übertragen werden konnte, und wahrſcheinlich zuerſt dadurch, daß man ein Pfandrecht an dem Uſusfruct zuließ. Die Formen für die Uebertragung des dinglichen Rechts waren die ſeither bei der Beſtellung eines Forderungsrechts auf Ausübung der Servitut angewandten Geſchäfte, wie Kauf und Schenkung*).

*) Die Frage, wie ſich bei der Veräußerung des Uſusfructs das durch die Caution des Uſufructuars entſtandene Obligationsverhältniß zwiſchen ihm und dem Eigenthümer der belaſteten Sache geſtalte, und wie weit es den neuen Erwerber binde, wird beſſer unten bei näherer Beſprechung dieſer Caution behandelt werden.

4) Auch nachdem die Uebertragbarkeit des Uſusfructs anerkannt iſt, kann doch noch immer das Forderungsrecht auf Ausübung Gegenſtand von Kaufgeſchäften, Schenkungen oder fideicommiſſariſchen Reſtitutionen ſein.

Die heutige Doctrin begnügt ſich faſt durchgängig damit, hinſichtlich der Lehre von der Uebertragbarkeit den Satz aufzuſtellen, der Uſusfruct könne nicht dem Rechte nach, ſondern nur der Ausübung nach übertragen werden, eine Regel, die hervorgegangen iſt aus den Schlußworten der l. 66 de iure dot.:

— ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat[p]).

Dieſe Worte haben da den guten Sinn, daß nach der ältern in dieſer Stelle obwaltenden Auffaſſungsweiſe das dingliche Recht ganz und unbeſchränkt beim Uſufructuar zurückbleibt und der Fruchtgenuß, alſo die Ausübung des Uſusfructs, nur in Folge eines Forderungsrechts dem Erwerber zuſteht. Nimmt man nun aber mit uns an, wie das doch manche thun, die jenen Satz aufſtellen, daß nach dem ſpätern Rechte durch die Uebertragung des Uſusfructs dem Erwerber ein dingliches Recht erworben werden könne, ſo wird jener Satz faſt unverſtändlich, indem darnach nicht das dingliche Recht ſelbſt, ſondern ein dingliches Recht auf Ausübung eines dinglichen Rechts bei der Veräußerung eines Uſusfructs übertragen werden ſoll. (Vgl. S. 51). Vielmehr ſind nach unſerer Anſicht der Uſusfruct und die ihm nachgebildeten Perſonalſervituten der Ausübung und auch dem Rechte nach übertragbar, und nur in ſo fern iſt die Uebertragbarkeit beſchränkt, als ſie ſtets mit dem Tode (und früher auch der mit capitis deminutio) desjenigen endigen, mit deſſen Perſon ſie zuerſt verbunden ſind[q]).

Schließlich wollen wir noch erwähnen, wie die ſchon beiläufig berührte Theilbarkeit des Uſusfructs ſich auch darin geltend macht,

---

p) Dagegen ſagt z. B. ſchon Paulus in l. 8 § 2 de peric. et comm. 18, 6. Quum usumfructum mihi vendis, interest, utrum ius *utendi fruendi, quos solum tuum sit, vendas*, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas.

q) Zum Theil übereinſtimmend mit den hier vorgetragenen Anſichten, wenn auch wenig erſchöpfend, iſt Derndurg in ſeinem Aufſatz: „Kann ein Uſusfruct übertragen werden“ in der Gießer Zeitſchrift. Neue Folge. Bd. 2 S. 53 und fgg. 1846 und in noch geringerem Grade *de Water* observ. iur. Rom. lib. III, c. 11.

daß ein Ususfruct von dem Innehaber getheilt und mehreren Berechtigten übertragen werden kann, indem es bei dem durch die belastete Sache selbst oder doch durch andere außerhalb der Person des Usufructuars liegende Umstände bedingten Umfang des Usufructs für den Eigenthümer der dienenden Sache gleichgültig ist, ob einer denselben ausübt oder mehrere, wenn ihm in beiden Fällen ganz dasselbe entzogen wird.

§. 28.

Fortsetzung. Die einzelnen Uebertragungsarten.

Es wird noch übrig sein, einzelne der Uebertragungsarten, welche beim Usufruct angewandt werden können, und die wir im vorigen Paragraphen nur mit Rücksicht auf die Frage, ob sie dingliches Recht übertragen oder nicht, ins Auge gefaßt haben, nunmehr nach ihren Erfordernissen und Wirkungen näher zu besprechen.

Was zunächst den Kauf anbetrifft, so wird derselbe im Allgemeinen wie der Kauf einer körperlichen Sache zu behandeln sein, nur könnte es zweifelhaft sein, ob er angefochten werden darf, wenn der gezahlte Kaufpreis nicht die Hälfte des wahren Werths erreicht, also wegen sogen. laesio enormis. Denn da zur Bestimmung des wahren Werths des Usufructs nicht nur der Werth der dienenden Sache, sondern auch die Dauer desselben, und damit also die Wahrscheinlichkeit der Lebenslänge des Usufructuars zu berücksichtigen ist, ferner jede derartige Wahrscheinlichkeitsrechnung im höchsten Grade schwankend ist, so könnte man folgern, daß sich ein solcher Werth im Voraus gar nicht feststellen lasse, sondern jeder Kauf ein Hoffnungskauf sei, der bald gar nichts, bald bei langer Lebensdauer des Usufructuars sehr viel eintragen könne, und bei dem daher von einer laesio enormis nicht die Rede sein dürfe. Allein einmal hängt der Erfolg mancher anderer Kaufgeschäfte, wie z. B. der, wodurch Sklaven oder Vieh erworben werden, ebenfalls von der höchst ungewissen Lebensdauer von Menschen oder Thieren ab, und diese vermögen eben so wenig irgend welchen Vortheil zu bieten, wenn das gekaufte Object sofort stirbt, während doch die Anwendung der Regeln über laesio enormis hier keinem Zweifel unterliegt[a]). Sodann aber ist

a) Dafür z. B. arg. leg. 12 § 1 de iure dot. 23, 3.

nicht das der wahre Werth des Usufructs, um welches das Vermögen durch die gezogenen Früchte bereichert wird, sondern das, um welches daſſelbe durch den Usufruct ſelbſt nach den Schätzungen des Verkehrs vergrößert wird, und während es daher allerdings ungewiß iſt, wie viel Früchte er gewähren wird, ſo wird ſich doch, wie das für alle andern Waaren in gleicher Weiſe der Fall iſt, mit Rückſicht auf den wahrſcheinlichen Vortheil, den ſie gewähren, möglicher Weiſe für jeden einzelnen Fall eine öffentliche Meinung bilden können, welche den Werth des Usufructs auf eine beſtimmte Summe fixirt, und um dieſe bereichert daher der Erwerb deſſelben jedesmal ebenſo ſicher das Vermögen des Erwerbers, wie der Eigenthumserwerb eines Sklaven, der auf 1000 geſchätzt wird, daſſelbe um 1000 vermehrt, mag er auch gleich nach dem Erwerb ſterben, und der dadurch eintretende Verluſt den Gewinn ganz aufheben, oder er wider Erwarten ſo lange leben, daß er durch ſeine Arbeit das Vermögen des Käufers um eine viel größere Summe vermehrt, als vorauszuſehen war.

Wenn daher nun auch principiell die Regeln über laesio enormis hier Platz greifen können, ſo wird doch ihre Anwendung in den einzelnen Fällen dadurch mit großer Schwierigkeit verbunden ſein, daß ſich keine öffentliche Meinung über den Werth des einzelnen Usufructs gebildet haben wird, und eine analoge Anwendung des in andern Fällen angenommenen Werthes hier um ſo ungeeigneter iſt, als die individuellen Umſtände jedesmal anders ſind, und doch von ihnen Alles abhängt. Auch bei dem Kauf eines Sklaven konnte auf deſſen Lebensdauer nicht mit Sicherheit aus der eines andern geſchloſſen werden, aber der Verkehr hatte beſtimmte äußere Kriterien aufgefunden, aus deren Vorhandenſein auf die längere oder kürzere Lebensdauer geſchloſſen wurde, und die daher den Werth beſtimmten. Solche ſind aber für unſern Fall nicht vorhanden und konnten ſich auch bei der verhältnißmäßig ſehr ſeltenen Veräußerung des Usufructs nicht bilden. Dennoch aber wird in manchen Fällen eine Anwendung der Regeln über laesio enormis ohne Zweifel ſtatthaben können, wie z. B. wenn ein Usufruct, der einem jungen von keiner Lebensgefahr bedrohten Menſchen zuſteht und einen jährlichen Ertrag von 1000 gewährt, für 10 oder weniger veräußert iſt, da hier die Verletzung von jedem gefühlt werden wird. Eine weitere Anwendung

werden ſie bei Veräußerung eines Uſusfructs finden, der einer Corporation zuſteht, da deſſen Untergang vor der von Anfang an für ihn feſtgeſetzten Zeit ſo viel ſchwieriger und ſeltener ſein wird.

Es könnte hierbei die Frage entſtehen, in wie weit die von Ulpian aufgeſtellte und von Aemilius Macer in l. 68 pr. ad leg. Falcid. 35, 2 uns überlieferte Tabelle über die wahrſcheinliche Lebensdauer zur Beſtimmung des Werths des Uſusfructs zu benutzen ſei. Sie iſt zunächſt beſtimmt, um für den Fall, daß lebenslängliche Alimente legirt ſind, einen Maaßſtab zur Berechnung der Falcidiſchen Quart zu geben; dann heißt es weiter: eoque nos iure uti, Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam, worauf dann die ſchon oben beſprochene Regel folgt, daß der einer Corporation legirte Uſusfruct immer ſo berechnet werde, als ob er höchſtens 30 Jahre dauern werde. Dieſe Ausdehnung auf die Berechnung des Werths des Uſusfructs wird zunächſt nur für den Fall ausgeſprochen, wo die Größe der Falcidiſchen Quart feſtgeſtellt werden ſoll, und der Grund, weßhalb hier der Werth des Uſusfructs nicht, wie das doch hinſichtlich aller andern Sachen geſchieht, lediglich nach der im Verkehr dafür üblichen Schätzung beſtimmt wird, ſondern der letztern nur die Feſtſtellung des Werths jedes einzelnen Jahres überlaſſen iſt, wird darin zu ſuchen ſein, daß ſich im Verkehr der Regel nach keine überall anwendbaren Normen für die Schätzung des Uſusfructs gefunden haben, und eben deßhalb wird die obige Tabelle auch überall da anzuwenden ſein, wo das Geſetz eine Werthbeſtimmung verlangt, für dieſelbe aber gar keine andere beſtimmte Anhaltspunkte vorhanden ſind. So z. B. wenn jemand verſprochen hat, einen beſtehenden Uſusfruct einem andern zu übertragen und dann in Concurs geräth, wo eine Schätzung des Werths des Uſusfructs nöthig wird, damit eine Reduction der Forderung in Gemäßheit des für die Gläubiger dieſer Klaſſe angenommenen Maaßſtabes ſtatt finden kann. Doch nur, wo kein anderer Anhaltspunkt für die Werthbeſtimmung gegeben iſt, wird dieſe immer anomale Regel Platz greifen dürfen, und vermöge dieſes ihres ſubſidiären Charakters kann ſie auch nicht angewandt werden, um darnach die Richtigkeit der von den Contrahenten eines Kaufgeſchäfts durch die Feſtſtellung des Preiſes vorgenommenen Schätzung zu bemeſſen. Hier wird die Vermuthung viel mehr dafür ſtreiten, daß die Parteien den wahren Werth angenommen haben,

als daß jene für die verſchiedenartigſten Lebensverhältniſſe und Umſtände ſtets mit gleichmäßiger Starrheit geltenden Anſätze das richtige Verhältniß herſtellen würden, und wird daher, wie wir oben anführten, der angenommene Preis nur dann als über die Hälfte zu gering gelten können, wenn das Verkehrsleben mit Berückſichtigung der individuellen Umſtände ſolches anerkennt, und, was dafür immer ein ſicherer Anhaltspunkt ſein wird, wenn jeder beſonnene Geſchäftsmann unter den bei Abſchluß des Kaufs obwaltenden Umſtänden das Doppelte und mehr zu geben bereit iſt.

Da der Uſusfruct, wie alle übrigen Vermögensſtücke, einen beſtimmten Werth hat und veräußert werden kann, ſo wird er auch bei einem Zwangsverkauf des ganzen Vermögens (venditio bonorum) mit zur Verſteigerung gebracht werden müſſen[b]). Ferner kann er nun von demjenigen verkauft werden, welcher volle Dispoſitionsbefugniß hat, und nur unter Beobachtung der für Veräußerungen vorgeſchriebenen Formen. Namentlich kann der einem Pupillen zuſtehende Uſusfruct nur nach ertheiltem obervormundſchaftlichem Dekret verkauft werden[c]). Für Eviction iſt allgemeinen Regeln gemäß einzuſtehen, doch iſt der Verkäufer natürlich dann davon frei, wenn der Uſusfruct auf eine Weiſe erlöſcht, die, wie der Tod oder die capitis deminutio des urſprünglich Berechtigten, in ſeinem Weſen nothwendig begründet iſt, und der Verkäufer ſich zur Verbergung des Sachverhalts keinerlei Argliſt bediente[d]). Der Käufer des dinglichen Rechtes erwirbt daſſelbe wie alle andern Vermögensſtücke für ſich und ſeine Erben[e]), jedoch möchten Zeitbeſtimmungen und Bedingungen jeder Art dem Verkauf eines Uſusfructs ebenſo gut zugefügt werden können, wie

b) L. 8 pr. de rebus auctoritate iudicis 42, 5.

c) L. 3 § 5 de rebus eorum, quae sub tutela vel cura 27, 9. Man hat dieſe Stelle auch benutzt, um zu beweiſen, daß der Uſusfruct dem Rechte nach übertragen werden könne. Doch möchte ſie hierfür von keinem Belang ſein, da man, wenn man die Veräußerlichkeit des dinglichen Rechts leuguet, den dort allgemein erwähnten Satz, daß der Vormund den Uſusfruct nicht veräußern darf, auf die ſtets möglich geweſene Ceſſion deſſelben an den Eigenthümer beziehen kann.

d) Arg. leg. 9 § 1 locat. cond. 19, 2.

e) L. 8 § 2 de peric. et commod. 18, 6; arg. leg. 57 soluto matrim. 24, 3.

der Conſtituirung deſſelben, und auch, wie in dieſem Falle, ipso iure wirken. So könnte denn auch ein Uſusfruct bloß für Lebzeiten des Käufers veräußert werden, ſo daß ſein Tod als Reſolutivbedingung gelte. Iſt nur das Forderungsrecht auf die Ausübung verkauft, ſo wird der Zufügung jeder Art Nebenbeſtimmungen unzweifelhaft der weiteſte Spielraum gelaſſen ſein. In beiden Fällen werden keine Gründe ſein, welche dem Käufer eine fernere Veräußerung ſeines Rechts unterſagen; er wird ſein Forderungsrecht Andern cediren oder ſein dingliches Recht auf Andere übertragen können, die es dann in gleicher Weiſe und immer unter dem Namen des erſten Erwerbers und nach den für dieſen geltenden Regeln ausüben werden, ja auch wieder jeder Zeit veräußern können, und ſo fort.

Dieſe Sätze werden analog auf die Schenkung eines Uſusfructs[f]) anzuwenden ſein, die wieder entweder das dingliche Recht ſelbſt oder das Forderungsrecht auf Ausübung umfaſſen kann. Letztere kann dann entweder definitiv auf immer oder für beſtimmte Zeit bewilligt, oder ſie kann nur bis auf Widerruf geſtattet ſein, wo der Erwerber dann nur precario den Uſusfruct ausübt, und daher die für das precarium geltenden Regeln Platz greifen.

Iſt ein Uſusfruct zur Dos gegeben worden, ſo ſoll unterſucht werden, ob der Wille der Parteien darauf gerichtet war, daß der Uſusfruct ſelbſt der Gegenſtand ſein ſoll, deſſen Ertrag dem Manne Erſatz für die Laſten der Ehe zu gewähren hat, oder ob dieſer Ertrag erſt den eigentlichen Gegenſtand der Dos bilden ſoll, ſo daß derſelbe auch künftig vom Manne zu reſtituiren iſt, und ihm nur die Zinſen deſſelben für immer zufallen[g]). Sein Verhältniß zu dem Uſusfruct während der Dauer der Ehe wird aber durch dieſe Frage nicht berührt, er hat in beiden Fällen dasſelbe dingliche Recht an den Uſusfruct, oder wenn ihm nur die Ausübung übertragen iſt, dasſelbe Forderungsrecht dem Uſufructuar gegenüber.

Iſt ein Uſusfruct verpfändet worden, ſo werden, da uns außer jener Erwähnung der Hypothek und des Fauſtpfands am Uſusfruct in l. 11 § 2, l. 15 pr. de pignor. 20, 1 und in l. 8 pr. quib. mod. pignus, 20, 6 keinerlei Beſtimmungen hierfür überliefert

f) L. 12 § 2, l. 38 de usufr. 7, 1.

g) L. 7 § 2 de iure dotium 23, 3; l. 4 de pactis dotal. 23, 4.

als daß jene für-
ständen stets
Verhältniß
ten, der
gelten
indi-
ſt-

werden, der allgemeinen Regel über Verpfändung analog angewendet werden müſſen. Demnach hat der Pfandgläubiger niemals ſelbſt den Uſusfruct, ſondern nur das Recht, ihn zu veräußern, und ſich aus der gelöſten Summe zu befriedigen.

Für den Fall der Vermiethung des Uſusfruct, welche, wie ſchon oben erwähnt ward, nur das perſönliche Forderungsrecht übertragen kann, entheilt Ulpian in l. 9, § 1 locati cond. 19, 2 die Vorſchrift, daß, wenn der Uſusfruct innerhalb der Miethzeit durch den Tod des Uſufructuars erlöſche, der Miether durchaus keinen Anſpruch auf Entſchädigung habe, ja ſelbſt nicht auf Verwendungen, die er in der Hoffnung, er werde die ganze Miethzeit in der Ausübung bleiben, zu eigenem Vortheil gemacht habe, vielmehr müſſe er für die Zeit, wo er den Uſusfruct benutzt habe, einen verhältnißmäßigen Miethzins bezahlen. Nur wenn der Uſufructuar ſich bei der Vermiethung als Eigenthümer ausgegeben habe, hafte er in ſolchen Fällen dem Miether.

Schließlich entſteht nun auch hier die Frage, ob ein Uſusfruct in der Weiſe veräußert werden kann, daß eine andere Servitut an derſelben beſtellt wird, die natürlich denkbarer Weiſe nur eine Perſonalſervitut ſein könnte. So lange das Recht überhaupt keine Veräußerung des Uſusfructs dem dinglichen Rechte nach kannte, wird eine derartige Frage nicht aufgeworfen ſein, da durch Teſtament über eine beſtehende Perſonalſervitut entweder nicht verfügt, oder doch nur dahin zielende Obligationen auferlegt werden konnten, die aber vorausſetzten, daß ſich anderswo ſchon eine geeignete Form gebildet hatte, durch in iure cessio aber den obigen Ausführungen gemäß ſich kein im Rechte noch nicht anerkanntes Inſtitut Eingang verſchaffen konnte. Für die Zeit, wo der Uebertragbarkeit des dinglichen Rechts Bahn gebrochen war, ſind aber unſere Quellen im höchſten Grade dürftig, und ſo wird uns denn auch nicht geſagt, ob man nun einen Uſusfruct am Uſusfruct zuließ.

Ein ſolches Verhältniß läßt ſich aber in der Art denken, daß der Uſufructuar einzelne in ſeiner Servitut enthaltene Befugniſſe einem andern zur ſelbſtändigen Herrſchaft übergebe, damit er ſie für die Dauer ſeines Lebens oder bis zu einem andern innerhalb deſſelben feſtgeſetzten Zeitpunkt kraft eigenen dinglichen Rechtes ausübe. Wenn eine ſolche Servitut an einer Servitut nun aber auch keineswegs

als ein unmögliches oder unnützes Verhältniß erſcheint, und wenn ferner das allgemeine Princip der Uebertragbarkeit des Uſusfructs auch die Servitutbeſtellung an demſelben zu rechtfertigen ſcheint, ſo möchte doch ein erheblicher Zweifel entſtehen, ob durch bloße analoge Ausdehnung ein ſolches dem Rechte ſonſt gar nicht bekanntes Inſtitut der Servitut an einer Servitut gebildet werden könne, zumal da gerade die Herrſchaft über eine Eigenſchaft einer körperlichen Sache ſonſt das charakteriſtiſche Zeichen der Servitut iſt[h]). Und der allerdings zunächſt nur für Servituten an Realſervituten ausgeſprochene Satz „servitus servitutis esse non potest“ [i]) ſcheint auch dagegen zu ſprechen.

Allein, wenn man mit uns annimmt, daß, da der Uſusfruct unter Bedingungen und Zeitbeſtimmungen conſtituirt werden kann, er ſo auch unter denſelben veräußert werden darf, ſo folgt daraus, daß, wie ſchon erwähnt wurde, das Recht des Erwerbers ſpeciell an ſeine Perſon geknüpft werden kann, und ſein Tod oder ſeine capitis deminutio als Reſolutivbedingung des Veräußerungsgeſchäftes gelten können. Wenn etwa demſelben noch hinzugefügt wird, daß bei dem urſprünglichen Uſufructuar der Uſusfruct ſo weit zurückbleiben ſoll, als er nicht von dem Erwerber geübt wird, ſo iſt dem Effecte nach hier ein Uſusfruct an einem Uſusfruct vorhanden, und es handelt ſich nur darum, ob man das nun auch ſo bezeichnen, oder weitläuftig als Veräußerung unter der und der Bedingung umſchreiben will. Ferner wird dann auch kein Grund mehr ſein, eine Veräußerung des Uſusfructs nicht nur nach ideellen Quoten ſondern auch in der Art zuzulaſſen, daß nur einzelne in demſelben enthaltene Befugniſſe übertragen werden, und wird dann wieder das Verhältniß durch Zufügung der obigen Reſolutivbedingungen den Charakter einer Servitut an einer Servitut annehmen. Die unmittelbare Herrſchaft über eine einzelne Eigenſchaft einer körperlichen Sache wird aber auch durch

h) Der Quaſiuſusfruct an Forderungen u. ſ. w. iſt gar keine Servitut, ſondern nur ein dem Uſusfruct nachgebildetes und mit dieſem gleiche Zwecke verfolgendes Forderungsrecht, das alſo nur ſeiner „Function“, nicht ſeiner „Structur“ wegen einen Platz unter den Servituten gefunden hat. Siehe unten.

i) L. 1 de usu et usufr. legat. 33, 2; l. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3.

werden, die allgemeinen Regeln über Verpfändung analog angewendet werden müſſen. Demnach hat der Pfandgläubiger niemals ſelbſt den Uſusfruct, ſondern nur das Recht, ihn zu veräußern, und ſich aus der gelößten Summe zu befriedigen.

Für den Fall der Vermiethung des Uſusfruct, welche, wie ſchon oben erwähnt ward, nur das perſönliche Forderungsrecht übertragen kann, ertheilt Ulpian in l. 9, § 1 locati cond. 19, 2 die Vorſchrift, daß, wenn der Uſusfruct innerhalb der Miethzeit durch den Tod des Uſufructuars erlöſche, der Miether durchaus keinen Anſpruch auf Entſchädigung habe, ja ſelbſt nicht auf Verwendungen, die er in der Hoffnung, er werde die ganze Miethzeit in der Ausübung bleiben, zu eigenem Vortheil gemacht habe, vielmehr müſſe er für die Zeit, wo er den Uſusfruct benutzt habe, einen verhältnißmäßigen Miethzins bezahlen. Nur wenn der Uſufructuar ſich bei der Vermiethung als Eigenthümer ausgegeben habe, haſte er in ſolchen Fällen dem Miether.

Schließlich entſteht nun auch hier die Frage, ob ein Uſusfruct in der Weiſe veräußert werden kann, daß eine andere Servitut an derſelben beſtellt wird, die natürlich denkbarer Weiſe nur eine Perſonalſervitut ſein könnte. So lange das Recht überhaupt keine Veräußerung des Uſusfructs dem dinglichen Rechte nach kannte, wird eine derartige Frage nicht aufgeworfen ſein, da durch Teſtament über eine beſtehende Perſonalſervitut entweder nicht verfügt, oder doch nur dahin zielende Obligationen auferlegt werden konnten, die aber vorausſetzten, daß ſich anderswo ſchon eine geeignete Form gebildet hatte, durch in iure cessio aber den obigen Ausführungen gemäß ſich kein im Rechte noch nicht anerkanntes Inſtitut Eingang verſchaffen konnte. Für die Zeit, wo der Uebertragbarkeit des dinglichen Rechts Bahn gebrochen war, ſind aber unſere Quellen im höchſten Grade dürftig, und ſo wird uns denn auch nicht geſagt, ob man nun einen Uſusfruct am Uſusfruct zuließ.

Ein ſolches Verhältniß läßt ſich aber in der Art denken, daß der Uſufructuar einzelne in ſeiner Servitut enthaltene Befugniſſe einem andern zur ſelbſtändigen Herrſchaft übergebe, damit er ſie für die Dauer ſeines Lebens oder bis zu einem andern innerhalb deſſelben feſtgeſetzten Zeitpunkt kraft eigenen dinglichen Rechtes ausübe. Wenn eine ſolche Servitut an einer Servitut nun aber auch keineswegs

als ein unmögliches oder unnützes Verhältniß erſcheint, und wenn ferner das allgemeine Princip der Uebertragbarkeit des Uſusfructs auch die Servitutbeſtellung an demſelben zu rechtfertigen ſcheint, ſo möchte doch ein erheblicher Zweifel entſtehen, ob durch bloße analoge Ausdehnung ein ſolches dem Rechte ſonſt gar nicht bekanntes Inſtitut der Servitut an einer Servitut gebildet werden könne, zumal da gerade die Herrſchaft über eine Eigenſchaft einer körperlichen Sache ſonſt das charakteriſtiſche Zeichen der Servitut iſt[h]). Und der allerdings zunächſt nur für Servituten an Realſervituten ausgeſprochene Satz „servitus servitutis esse non potest“ [i]) ſcheint auch dagegen zu ſprechen.

Allein, wenn man mit uns annimmt, daß, da der Uſusfruct unter Bedingungen und Zeitbeſtimmungen conſtituirt werden kann, er ſo auch unter denſelben veräußert werden darf, ſo folgt daraus, daß, wie ſchon erwähnt wurde, das Recht des Erwerbers ſpeciell an ſeine Perſon geknüpft werden kann, und ſein Tod oder ſeine capitis deminutio als Reſolutivbedingung des Veräußerungsgeſchäftes gelten können. Wenn etwa demſelben noch hinzugefügt wird, daß bei dem urſprünglichen Uſufructuar der Uſusfruct ſo weit zurückbleiben ſoll, als er nicht von dem Erwerber geübt wird, ſo iſt dem Effecte nach hier ein Uſusfruct an einem Uſusfruct vorhanden, und es handelt ſich nur darum, ob man das nun auch ſo bezeichnen, oder weitläuftig als Veräußerung unter der und der Bedingung umſchreiben will. Ferner wird dann auch kein Grund mehr ſein, eine Veräußerung des Uſusfructs nicht nur nach ideellen Quoten ſondern auch in der Art zuzulaſſen, daß nur einzelne in demſelben enthaltene Befugniſſe übertragen werden, und wird dann wieder das Verhältniß durch Zufügung der obigen Reſolutivbedingungen den Charakter einer Servitut an einer Servitut annehmen. Die unmittelbare Herrſchaft über eine einzelne Eigenſchaft einer körperlichen Sache wird aber auch durch

h) Der Quaſiuſusfruct an Forderungen u. ſ. w. iſt gar keine Servitut, ſondern nur ein dem Uſusfruct nachgebildetes und mit dieſem gleiche Zwecke verfolgendes Forderungsrecht, das alſo nur ſeiner „Function“, nicht ſeiner „Structur“ wegen einen Platz unter den Servituten gefunden hat. Siehe unten.

i) L. 1 de usu et usufr. legat. 33, 2; l. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3.

Beſtellung einer ſolchen Afterſervitut verliehen, und unterſcheidet ſich dieſe von der urſprünglichen nur dadurch, daß dieſe Herrſchaft nicht direct vom Eigenthümer, ſondern von dem erſten Servitutberechtigten als Zwiſchenhändler erworben wird, der in ſoweit und ſo lange ſein Recht an den fraglichen Eigenſchaften der Sache verliert.

Hiermit ſtehen nun aber in Widerſpruch die Regeln in l. 15 § 7 bis l. 17 de usufr. 7, 1. Hier heißt es:

> 15. Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum. — § 7. Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. — Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest,
>
> 16. Paulus libro III. ad Sabinum. — nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere.
>
> 17. Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum. — Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario; et hoc verum est favore religionis.

Darnach ſoll alſo der Eigenthümer nicht einmal mit Zuſtimmung des Uſufructuars eine Servitut errichten können, und daraus kann man mit Recht folgern, daß dann auch der Uſufructuar ſelbſt keine Servitut auflegen könne. Den Grund der ganzen Vorſchrift hat man in Verſchiedenem zu finden geglaubt, namentlich ſie aber mit dem Satz: servitus servitutis esse non potest, in Verbindung gebracht, indem ja die durch den Uſusfruct ſchon veräußerte Befugniß noch einmal veräußert und alſo jenem entzogen werde. Nun iſt es aber einmal kaum glaublich, daß die Römer nur dieſen Geſichtspunkt bei ihrer durchaus gegen die Intereſſen des Verkehrs ankämpfenden Entſcheidung im Auge gehabt hätten, da ja die hier vom Eigenthümer zu beſtellende Servitut, die dem ganzen Zuſammenhange und der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes servitus nach nur eine Realſervitut ſein kann, wenn ſie einmal zugelaſſen wäre, über den Uſusfruct, und unabhängig von dieſem, dauern, ſie alſo, wäre ſie eine Servitut an der Servitut, die belaſtete Sache (den Uſusfruct) überleben würde, was doch gegen alle römiſche Rechtsauffaſſung wäre. Entſchieden ſpricht auch dagegen, daß in l. 17 der Servitutbeſtellung der Act gleichgeſtellt wird, wodurch der im Uſusfruct ſtehende Grund und Boden religios wurde, und daß die Regel, wonach ſolcher

consentiente usufructuario wirkſam ſein ſoll, als eine nur favore religionis zugeſtandene Anomalie aufgefaßt wird, während doch da von einer servitus servitutis nicht die Rede ſein kann. Aber die hier ſo prägnante Stellung des consentiente usufructuario hätte ſchon darauf hinweiſen können, wie dieſe Stelle mit einem im ſpätern Rechte weggefallenen Satz zuſammenhängt. Es iſt im höchſten Grade wahrſcheinlich [k]), daß die Servituten nicht durch bloßen Verzicht untergingen, ſondern wie häufige und ohne dieſe Auffaſſung unerklärliche Quellenſtellen berichten, durch in iure cessio an den Eigenthümer zurückübertragen werden mußten. Was nun vom Ganzen gilt, muß auch von den einzelnen Beſtandtheilen gelten, und es war daher auch nicht möglich, durch bloßen Conſens eine in dem Uſusfruct enthaltene Befugniß auf den Eigenthümer zurückzuübertragen, wie ſolches doch nöthig war, wenn dieſer dieſelbe zum Inhalt einer andern Servitut machen wollte.

Demgemäß enthielten die l. 15 § 7 bis l. 17 pr. antiquirtes und nur aus Verſehen in das Corpus Juris recipirtes Recht [l]), was wir auch um ſo unbedenklicher annehmen können, als man ſelbſt, wenn man unſere Anſicht von der Entſtehung dieſer Sätze nicht theilt, die Unanwendbarkeit derſelben im juſtinianeiſchen Rechte eingeſtehen muß. Denn ſeitdem der Uſusfruct, wie die andern Servituten, durch bloßen Vertrag oder höchſtens durch hinzukommende Quaſitradition entſteht, wird ein ſolcher Vertrag zwiſchen Eigenthümer und Uſufructuar über Rückgabe eines Theils der Servitutbefugniß zum Zwecke der Vergebung an andere ſo interpretirt werden müſſen, daß er wo möglich erhalten werden kann. Das geſchieht aber dadurch, daß man ihn als Verzicht auf die ſeitherige Servitut verbunden mit der Errichtung eines neuen um die fragliche Befugniß geſchmälerten Uſusfructs auffaßt, bei der, wenn man Quaſitradition für erforderlich hält, ſolche dadurch bewirkt wird, daß der Uſufructuar durch Ertheilung ſeines Conſenſes die Detention der dienenden Sache nicht verliert, und der Eigenthümer demnach ſofort die Ausübung des

---

k) Die Beweiſe werden wir unten im § 39 nachholen.

l) Zachariä von Lingenthal Zeitſchrift für geſch. Rechts-Wiſſenſch. Bd. 14 S. 139.

neuen geſchmälerten Uſusfructs geſchehen läßt. Es würde eine quasi traditio brevi manu ſtattfinden.

Hiernach möchte dargethaen ſein, daß die beſprochnen Stellen unſere Anſicht, wonach im ſpätern römiſchen Recht ein Uſusfruct am Uſusfruct zuläſſig geweſen iſt, nicht zu widerlegen vermögen. Dieſer Anſicht ſcheint nun aber Juſtinians ſchon oben in § 12 beſprochene Entſcheidung in l. 17 C. de usufr. 3, 33 entgegenzutreten, die jedoch eine durchaus ſinguläre iſt und auf irrigen Rechtsauffaſſungen beruht, ja durch ihre Singularität ſogar unſere Anſicht zu unterſtützen im Stande ſein möchte, wie das Nachfolgende beweiſen mag.

Bekanntlich kennt das ſpätere Recht mehrere ſogen. geſetzliche Uſusfructe, welche ein ganzes Vermögen oder eine Quote deſſelben umfaſſen, und es frägt ſich daher, wie ſich dieſer geſetzliche Uſusfruct zu einem andern zu einem ſolchen Vermögen gehörenden Uſusfruct verhalte. Bei einigen Arten des geſetzlichen Uſusfructs wird dieſe Frage nicht vorkommen können oder deren Beantwortung gleichgültig ſein. Letzteres gilt z. B. namentlich bei dem Uſusfruct des coniux binubus, d. h. deſſen, der Kinder aus einer frühern Ehe hat und doch zur zweiten Ehe ſchreitet, wo das Eigenthum an den ſogen. lucra nuptialia aus der erſten Ehe jenen Kindern bei Abſchluß der zweiten Ehe zugefallen, ihm aber der Uſusfruct daran verblieben iſt. Hatte nun etwa der erſte Ehegatte ihm einen Uſusfruct vermacht, der demnach zu den lucra nuptialia gehört, ſo hat es keinerlei Effect, wenn man annimmt, daß dieſer auch mit den andern Sachen dem Rechte nach auf die Kinder übergehe, indem der urſprüngliche Uſufructuar doch wieder ein dingliches Recht auf Ausübung hatte, und wo dieſes durch den Tod oder capitis deminutio erlöſchen würde, und demnach das Recht der Kinder wirkſam werden ſollte, immer auch der zu Grunde liegende Uſusfruct ſelbſt durch dasſelbe Factum erloſchen, alſo das Recht der Kinder von gar keinem Werth ſein würde. Darum alſo kann die nov. 22 c. 32 auch mit Recht ſagen, hier bleibe der Uſusfruct bei dem coniux binubus[m]).

---

m) Wenn die l. 1 Cod. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit 5, 10 ſchon mit dem Eintritt in die zweite Ehe den Uſusfruct immer erlöſchen laſſen will, ſo iſt das eine Interpretationsregel.

Von größerer Wichtigkeit iſt dagegen die Frage bei dem geſetzlichen Uſusfruct des Vaters an den Adventitien ſeines Hausſohns, wo das Verhältniß zu dem vom Sohn erworbenen Uſusfruct, ſoweit dieſer nicht ex re patris gemacht iſt, für uns von Wichtigkeit iſt. Schon im § 12 ſahen wir, wie Juſtinian in der l. 17 C. de serv. 3, 33 für dieſen Fall die Vorſchrift gegeben hat, daß weder der Tod, noch eine capitis deminutio des Sohnes dem Vater einen ſo vom Sohne erworbenen Uſusfruct entziehen ſolle, dagegen aber auch beim Tode oder der capitis deminutio des Vaters dem Sohne wieder der von ihm erworbene Uſusfruct zufallen ſolle. Wir ſahen oben auch ſchon, wie Juſtinian im Anfang dieſer Stelle ein für Sklaven und Hausſöhne überall gleiches Verhältniß anzunehmen ſcheint und im Eifer, alte Streitfragen zu entſcheiden, nicht bemerkt, daß ſich durch Ausbildung des Peculienrechts die ganze Sachlage verändert hat. Deßhalb läßt er den Uſusfruct dem Vater in jedem Falle ohne Unterſcheidung, ob er mit Hülfe des väterlichen Vermögens erworben oder von anderer Seite her zugefallen iſt, für ſeine ganze Lebensdauer durch den Sohn erwerben, wie das die alten Juriſten vorgeſchrieben hatten; die Beſtimmung aber, daß auch der Uſusfruct nachher auf den Sohn übergehen ſolle, ging dagegen hervor aus den neuen Ideen von den Adventitien, wonach der Vater an ſolchen Erwerbungen nur einen Nießbrauch erhalten konnte, das Recht ſelbſt aber dem Sohne blieb. Hier theilt Juſtinian vielleicht unbewußt die Rechtsanſchauung ſeiner Zeit, die er nur durch das Hineintragen jener alten Controverſen vermiſcht und verwirrt, und auch vor dieſer Entſcheidung wird der nicht zum peculium profectitium gehörige Uſusfruct des Sohnes während der patria potestas vom Vater geübt, nachher, wenn der geſetzliche Uſusfruct des Vaters an den Adventitien aus irgend einem Grunde erloſch, auf den Sohn übergegangen ſein. Darin änderte Juſtinian nichts, weßhalb denn auch kein pomphaftes Selbſtlob hier ſeine geſetzgeberiſche Thätigkeit

---

welche bei Errichtung des Uſusfructs ſtillſchweigend die Reſolutivbedingung zugefügt haben will, „wenn der Uſufructuar oder die Uſufructuarin nicht zur zweiten Ehe ſchreite“. So faßt die nov. 22 auch jene Conſtitution auf und ändert ſie dahin ab, daß jene Reſolutivbedingung nicht mehr vermuthet, ſondern ausdrücklich beigefügt werden müſſe.

preißt, und nur durch das Hineinziehen jener alten, nur für das peculium profectitium paſſenden Beſtimmungen und die gewählte allgemeine Faſſung dehnt er dieſen Satz auch auf den ex re patris erworbenen Uſusfruct aus. Dieſe Conſtitution wird alſo einer Seits keinerlei ausdehnenden Erklärung fähig, anderer Seits aber unſere oben ausgeſprochene Anſicht nur zu unterſtützen im Stande ſein. Ein geſetzlicher Uſusfruct wird ſo auch überall und ganz in Gemäßheit der ſonſt geltenden Regeln jeden dem betreffenden Vermögen zuſtehenden Uſusfruct ergreifen.

Wir haben in den letzten Paragraphen meiſtens nur von der Uebertragbarkeit des Uſusfructs geſprochen, und haben ihn dabei in dem weitern Sinne als Repräſentant aller bei der Errichtung als veräußerlich hingeſtellten Perſonalſervituten aufgefaßt. Wie weit dieſe Regeln auf die Servituten der habitatio und operae servorum Anwendung finden, wird um ſo mehr kurz bei der Beſprechung dieſer einzelnen Inſtitute angegeben werden können, als ſie zu ſehr mit römiſchen Lebensverhältniſſen zuſammenhingen, um ohne deren Berückſichtigung richtig beurtheilt werden zu können, und als ihre Bedeutung für uns zu gering iſt, um ein detaillirtes Eingehen auf dieſelben hier nöthig zu machen.

Sechſtes Kapitel.

Servitutähnliche Verhältniſſe.

§. 29.

Servitutes tuitione praetoris constitutae.

Auf dem Gebiete der Servituten tritt uns derſelbe Dualismus entgegen, der uns ſo oft in den einzelnen Inſtituten des römiſchen Rechts begegnet, der Gegenſatz zwiſchen dem vom Civilrecht anerkannten ius und dem factiſchen Verhältniß, welches die Magiſtrate, von neuern Rechtsanſchauungen geleitet, durch Verleihung von Einreden und Klagen mit ihrem Schutze verſehen haben, ohne daß es für den hiſtoriſchen Sinn römiſcher Jurisprudenz dadurch zum ius werden konnte. Wie darum neben dem civilrechtlichen dominium ein nur durch den Prätor geſchütztes in bonis vorkam, ſo waren neben den servitutes iure civili constitutae auch andere ſervitutähnliche Verhältniſſe zugelaſſen, die auch wohl als servitutes tuitione praetoris constitutae bezeichnet wurden; der praktiſche Unterſchied, welcher aber zwiſchen dem civilrechtlichen und dem bonitariſchen Eigenthum nicht nur hinſichtlich der Bezeichnung der zum Schutz derſelben gegebenen Klagen, ſondern auch hinſichtlich anderer materieller Folgen fortbeſtand, und der es möglich machte, daß gleichzeitig beide Arten von Eigenthum verſchiedenen Perſonen an derſelben Sache zuſtehen konnten, findet ſich in dieſer Weiſe bei den Servituten nicht. Um aber zu unterſuchen, wann und wie weit die servitutes tuitione praetoris constitutae andere oder weniger vortheilhafte Wirkungen äußern, als die civilrechtlich anerkannten, wird es nöthig ſein, daß wir die

preißt, und nur durch das Hineinziehen jener alten, nur für das peculium profectitium paſſenden Beſtimmungen und die gewählte allgemeine Faſſung dehnt er dieſen Satz auch auf den ex re patris erworbenen Uſusfruct aus. Dieſe Conſtitution wird alſo einer Seits keinerlei ausdehnenden Erklärung fähig, anderer Seits aber unſere oben ausgeſprochene Anſicht nur zu unterſtützen im Stande ſein. Ein geſetzlicher Uſusfruct wird ſo auch überall und ganz in Gemäßheit der ſonſt geltenden Regeln jeden dem betreffenden Vermögen zuſtehenden Uſusfruct ergreifen.

Wir haben in den letzten Paragraphen meiſtens nur von der Uebertragbarkeit des Uſusfructs geſprochen, und haben ihn dabei in dem weitern Sinne als Repräſentant aller bei der Errichtung als veräußerlich hingeſtellten Perſonalſervituten aufgefaßt. Wie weit dieſe Regeln auf die Servituten der habitatio und operae servorum Anwendung finden, wird um ſo mehr kurz bei der Beſprechung dieſer einzelnen Inſtitute angegeben werden können, als ſie zu ſehr mit römiſchen Lebensverhältniſſen zuſammenhingen, um ohne deren Berückſichtigung richtig beurtheilt werden zu können, und als ihre Bedeutung für uns zu gering iſt, um ein detaillirtes Eingehen auf dieſelben hier nöthig zu machen.

Sechſtes Kapitel.

Servitutähnliche Verhältniſſe.

§. 29.

Servitutes tuitione praetoris constitutae.

Auf dem Gebiete der Servituten tritt uns derſelbe Dualismus entgegen, der uns ſo oft in den einzelnen Inſtituten des römiſchen Rechts begegnet, der Gegenſatz zwiſchen dem vom Civilrecht anerkannten ius und dem factiſchen Verhältniß, welches die Magiſtrate, von neuern Rechtsanſchauungen geleitet, durch Verleihung von Einreden und Klagen mit ihrem Schutze verſehen haben, ohne daß es für den hiſtoriſchen Sinn römiſcher Jurisprudenz dadurch zum ius werden konnte. Wie darum neben dem civilrechtlichen dominium ein nur durch den Prätor geſchütztes in bonis vorkam, ſo waren neben den servitutes iure civili constitutae auch andere ſervitutähnliche Verhältniſſe zugelaſſen, die auch wohl als servitutes tuitione praetoris constitutae bezeichnet wurden; der praktiſche Unterſchied, welcher aber zwiſchen dem civilrechtlichen und dem bonitariſchen Eigenthum nicht nur hinſichtlich der Bezeichnung der zum Schutz derſelben gegebenen Klagen, ſondern auch hinſichtlich anderer materieller Folgen fortbeſtand, und der es möglich machte, daß gleichzeitig beide Arten von Eigenthum verſchiedenen Perſonen an derſelben Sache zuſtehen konnten, findet ſich in dieſer Weiſe bei den Servituten nicht. Um aber zu unterſuchen, wann und wie weit die servitutes tuitione praetoris constitutae andere oder weniger vortheilhafte Wirkungen äußern, als die civilrechtlich anerkannten, wird es nöthig ſein, daß wir die

einzelnen Fälle unterſcheiden, wo die Quellen dieſen Dualismus erwähnen.

1) Was den Inhalt der Servitut anbetrifft, ſo war in Beziehung auf dieſen, dem prätoriſchen Recht ein ſehr geringer Spielraum zur Erweiterung der Grundſätze des Civilrechts gelaſſen, da letzteres die Freiheit in der Errichtung der Servitut anerkannt hatte, und jede beliebige Befugniß Inhalt einer servitus iure civili constituta ſein konnte. Nur für die Waſſerleitungsſervitut hatte das ältere Recht mehrere durch das Weſen der Servitut nicht gebotene Beſchränkungen angenommen, die ſpäter nicht mehr anerkannt wurden (vergleiche darüber § 17 Anm. m S. 158), aber doch noch immer ſo weit wirkſam waren, daß in den betreffenden Fällen eine servitus iure civili constituta nicht angenommen wurde. Ulpian ſagt davon in l. 2 comm. praed. 8, 4:

> De aqua per rotam tollenda ex flumine, vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent; sed rescripto Imperatoris *Antonini* ad Tullianum adiicitur, *licet servitus iure non ualuit*, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius acquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.

Was den praktiſchen Unterſchied dieſer vom Civilrecht nicht anerkannten Servitut von der servitus iure civili constituta betrifft, ſo macht ſich dieſer nur in den Klagen geltend, dort war es eine confessoria *utilis* actio, hier eine confessoria *directa*, und ferner durch die Beſchränkung der Interdicte de aqua quotid. et aestiva und de fonte auf die civilrechtlich anerkannte, aus dem caput abgeleitete Waſſerleitung[a]); ſonſtige Eigenthümlichkeiten waren ſicher nicht vorhanden, und ſo konnte Paulus denn auch ganz allgemein in l. 9 de S. P. R. von einer ſolchen Servitut ſagen: hodie tamen ex quocunque loco *constitui* solet.

2) Sehr viel wirkſamer war das prätoriſche Recht in der Lehre

a) L. 1 § 7 de aqua quot. et aest. 43, 20. *Ulpianus* Haec interdicta de aqua item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde; harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest.

von der Entſtehung der Servituten; und hier ſchuf es eine Reihe von Erwerbungsarten, die dem Civilrecht fremd waren, ſo die quasi traditio oder patientia[b]), den langjährigen Gebrauch[c]), das Fideicommiß[d]) und nach der Anſicht Mancher für Provincialgrundſtücke auch den bloßen Vertrag[e]). War nun auf dieſe Weiſe eine Servitut entſtanden, ſo hatte der Berechtigte zu ſeinem Schutze wieder die actio confessoria als eine utilis[f]), nur daß der, welcher die Servitut traditione oder patientia erworben hatte, die Publiciana in rem actio anzuſtellen hatte[g]). Allein wenn die Tradition vom wirklichen Eigenthümer geſchehen war, ſo mußte dieſe Klage denſelben Erfolg haben, wie eine confessoria utilis, und möchte der Grund, warum hier die erſtere gegeben wurde, in dem Entwicklungsgange zu ſuchen ſein, den der Satz, daß eine Servitut durch Tradition entſtehen könne, wahrſcheinlich genommen hat. Die Tradition wird nämlich zunächſt dazu gedient haben, um den servitutes iure civili constitutae die Publiciana actio und die mit dieſer verbundenen Vortheile zu ſchaffen, indem ſie von dem Beweiſe entband, daß der Conſtituent Eigenthümer der belaſteten Sache zur Zeit der Servituterrichtung war, und nachdem ſich hier einmal die Idee von der Tradition der Servituten gebildet hatte, wird dieſe auch ſelbſtändig angewandt worden ſein. Wo aber ſchon die Publiciana actio Hülfe gewährte, bedurfte es nicht der Ausdehnung der confessoria actio, und ſo wird dem Innehaber einer ſo entſtandenen Servitut nirgends die utilis actio zugeſtanden. — Von dieſen Klagen abgeſehen werden die übrigen Wirkungen einer Servitut dieſen servitutes tuitione praetoris constitutae vollkommen in gleicher Weiſe zukommen, wie den civilrechtlich anerkannten, und ſo wird denn auch in den Quellen für einzelne

b) L. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3. *Ulpianus.* Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris. L. 11 § 1 de publ. act. 6, 2; l. 1 pr. quib. mod. usufr. amitt. 7, 4; l. 3 si usufr. petat. 7, 6.

c) L. 10 si serv. vind. 8, 5; l. 1 § 23 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

d) L. 9 pr. et § 1 usufr. quemadm. caveat 7, 9.

e) Gai. Commt. II. § 31. Vgl. mit l. 3 C. de servit. et aqua 3, 34. Ueber dieſe wie über die andern hierher einſchlagenden Streitfragen verweiſe ich auf die ſpätern Ausführungen über die Entſtehung der Servituten.

f) L. 10 si serv. vind. 8, 5.

g) L. 11 § 1 de publ. in rem act. 6, 2.

Wirkungen ausdrücklich entſchieden. So ſoll nach l. 1 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4 ein ſolcher Uſusfruct durch capitis deminutio erlöſchen, nach l. 3 si ususfr. pet. 7, 6 ebenſo durch Nichtgebrauch während der geſetzlich beſtimmten Zeit, nach l. 9 § 1 usufructuar. quemadm. caveat 7, 9 der Uſufructuar in ſolchem Falle zur Cautionsleiſtung verpflichtet ſein, nach l. 1 § 23 de aqua et aq. pl. arc. 39, 3 eine durch Verjährung entſtandene Servitut ebenſo gegen die actio aquae pluviae arcendae ſchützen, wie eine ex iure imposita, und endlich nach l. 5 § 3 de itinere act. priv. 43, 19 das interdictum de itinere actuque privato in beiden Fällen gleich zuläſſig ſein. Daher iſt auch hier der Unterſchied zwiſchen beiden Arten nur ein hiſtoriſcher, der für das ſpätere Recht keine praktiſche Bedeutung hat, und Antoninus konnte deßhalb in l. 2 C. de servitut. et aqua 3, 34 ohne Weiteres ſagen „servitutem tempore quaesiisti“.

3) Ueber das Civilrecht hinaus war das prätoriſche Recht auch hinſichtlich der Frage gegangen, wer eine Servitut conſtituiren könne. Während nach jenem dazu nur der civilrechtliche Eigenthümer befähigt war, wird der Prätor auch die von dem bonitariſchen Eigenthümer errichteten Servituten geſchützt haben, und ſeit Anwendung der Publicianiſchen Klage auf die Servituten war dem Weſen dieſer Klage gemäß überall, wo die Servitutbefugniß durch Tradition Seitens eines Innehabers der dienenden Sache entſtanden war, dieſelbe gegen jeden Angriff eines dritten geſchützt, der kein beſſeres Recht nachzuweiſen vermochte. Weiter geſtand das prätoriſche Recht aber auch dem Superficiar die Befugniß zu, Servituten an der ſuperficiariſchen Sache zu errichten[h]), und wie Ulpian in l. 1 § 9 de superfic. 43, 18 bemerkt, ſind dieſe nach dem Beiſpiel der ipso iure conſtituirten mit actiones utiles geſchützt; doch auch das interdictum de superficiebus utile ſoll hier anwendbar ſein. Letzteres iſt alſo eine Beſonderheit einer ſolchen Servitut. Ferner verſteht ſich von ſelbſt, daß ſie in Gemäßheit des Satzes: Nemo in alium plus conferre potest, quam ipse habet, immer erlöſchen wird, wenn das ſuperficiariſche Recht aus einem Grunde aufhört, zu welchem ſchon

h) Daß der Innehaber eines ager vectigalis an dieſem Servituten errichten konnte, wird in l. 1 pr. quib. mod. ususfr. vel usus amitt. 7, 4 geſagt.

zur Zeit der Servituterrichtung der Keim gelegt war. Dieſen Erlöſchungsgrund theilt aber die Servitut auch mit einer servitus iure civili constituta, welche von jemanden beſtellt iſt, deſſen Eigenthum von einer Reſolutivbedingung abhängig war, und das durch den Eintritt derſelben rückwärts aufgelößt iſt. Von andern eigenthümlichen Wirkungen ſolcher vom Superficiar errichteten Servituten wird wiederum nichts berichtet, und demnach findet ein erheblicher Unterſchied zwiſchen der servitus tuitione praetoris constituta und der servitus iure civili imposita auch hier nicht ſtatt.

Ueberſehen wir nun die einzelnen Fällen, in denen die erſtere erwähnt wird, ſo bieten ſie uns mit ſehr geringen Ausnahmen überall dasſelbe Bild, wie die civilrechtlich anerkannten Servituten; eine gänzlich ſyſtematiſche Trennung und abgeſonderte Behandlung beider Klaſſen wird bei ihrer innern Einheit mit den größten Unbequemlichkeiten verbunden ſein und ſich als gänzlich überflüſſig herausſtellen, weßhalb wir denn dieſen Unterſchied in unſerer Darſtellung nicht überall hervorgehoben und die prätoriſchen Entſtehungsarten den übrigen Entſtehungsgründen der Servituten beigefügt haben. Hier genügt es uns, darauf hinzuweiſen, wie der ſtrengen römiſchen Auffaſſung nach die servitutes tuitione praetoris constitutae nicht wirkliche Servituten, ſondern nur ſervitutähnliche, mit einem Rechtsſchutz bekleidete Verhältniſſe ſind.

§. 30.

Servitutähnliche Rechte an öffentlichen Sachen.

Die Servituten gehören im römiſchen Recht ausſchließlich dem Privatrecht an, und ſetzen ſowohl voraus, daß die belaſtete Sache dem allgemeinen Verkehr nicht entzogen iſt, als auch, daß das berechtigte Subject eine Privatperſon oder wenigſtens eine Corporation in ihrer Richtung als Subject von Privatrechten iſt, und dagegen werden Rechte, die dem Staat kraft ſeiner Staatshoheit, oder den Gemeinden unmittelbar in Verfolg ihrer politiſchen Stellung, oder allen Staats- oder Gemeindeangehörigen als ſolchen, an den Sachen der Privaten zuſtehen, ſowie die Rechte, welche einzelne Private an Sachen erlangt haben, die dem Verkehr entzogen ſind, in unſern Rechtsquellen durchaus nicht unter den Geſichtspunkt einer Servitut

gebracht. Gleichwohl ſtehen dieſe Rechte, welche auch im römiſchen Rechtsleben häufig einen ganz privatrechtlichen Charakter annehmen, mit den Servituten in naher Beziehung, und wie ſie nicht ohne Einfluß bei der Ausbildung einzelner Servituten, wie der Waſſerleitungsſervitut, geblieben ſind, ſo haben ſie dagegen vielfach Elemente aus der Servitutenlehre aufgenommen, und werden hinſichtlich ihres Subjects, ihrer Dauer und ihres Inhalts häufig wie dieſe behandelt. Eine kurze Ueberſicht der Vorſchriften des römiſchen Rechts über derartige Rechte möchte daher zur gehörigen Würdigung der Servituten beitragen können und will ich daher in dieſem Paragraphen die ſervitutähnlichen Rechte von Privatleuten an öffentlichen Sachen behandeln.

Dabei müſſen wir jedoch zunächſt die Sachen ausſcheiden, welche nicht zum allgemeinen Gebrauch beſtimmt ſind, ſondern nur auf Rechnung des Staats von ſeinen Beamten oder Pächtern verwaltet werden ſollen, und ſich daher nicht durch die Art der Benutzung, ſondern nur durch die Verwendung des aus ihnen gelößten Ertrags zu öffentlichen Zwecken von den Sachen, welche Privaten gehören, unterſcheiden. Sie werden ausdrücklich als quasi propriae et privatae Principis bezeichnet[a]), und wie ſie immer bei Anwendung der vorgeſchriebenen Formen ganz und gar veräußert werden und in den Privatverkehr zurückkehren können, ſo kann auch die Herrſchaft über einzelne Eigenſchaften derſelben Andern übertragen und die Sachen, ohne daß ſie dadurch ihren ſonſtigen Charakter verlieren, auf die verſchiedenartigſte Weiſe belaſtet werden. Solche Rechte an fiskaliſchen Sachen werden von Paulus in l. 23 § 2 de S. P. R. ausdrücklich als Servituten bezeichnet, indem er ſagt, daß wenn der Acker eines Privaten ins öffentliche Eigenthum übergeht, die daran ſeither beſtandenen Servituten fortdauern ſollen. Demnach iſt auch nach römiſcher Anſchauung eine fiskaliſche Sache durchaus fähig, Gegenſtand von Privatrechten zu ſein, und dieſe ſind in Allem und Jedem nach den Regeln des Servitutenrechts zu behandeln. So erklärt denn auch Ulpian in l. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8 das Interdict *ne quid in loco publico* für unanwendbar bei derartigen fiskaliſchen Sachen, da der Privatmann, ſo wenig er das Recht habe,

a) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

ſelbſt dort Handlungen vorzunehmen, auch andere nicht daran verhindern könne.

In einer Beziehung unterſchieden ſich aber dieſe Servituten an fiskaliſchen Sachen weſentlich von denen an Privatſachen, indem ſie dem Eigenthümer der belaſteten Sachen gegenüber nicht vor den ordentlichen Gerichten durchgefochten werden konnten, ſondern derartige Anſprüche bei eigens hierzu eingeſetzten Beamten geltend gemacht werden mußten[b]). Nach *Dio Cass.* LVII. 23 ſoll die Jurisdiction über Sachen des Fiskus in früherer Zeit freilich noch bei den gewöhnlichen Gerichten geweſen ſein, unter Nerva wird uns aber ein eigener Prätor genannt, qui inter fiscum et privatos ius diceret[c]), und zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten waren dieſelben Beamten, welche die Verwaltung hatten, auch mit der Entſcheidung über alle rechtlichen Anſprüche, die an den Fiskus gemacht wurden, betraut, ſo die praefecti aerarii[d]) und die procuratores fisci[e]). Es erſcheint wenig glaublich, daß vor dieſen Adminiſtrativbeamten, die keine Richterliſten geführt haben werden, das ordentliche gerichtliche Verfahren eingehalten ſei, oder ſie ſich auch nur hinſichtlich der Klagformeln an die von den Prätoren für deren eigene Jurisdiction gegebenen Vorſchriften gehalten haben; auch mochten die Fälle einer derartigen Thätigkeit der fiskaliſchen Beamten ſo ſelten ſein, daß ſich dafür kein eigenes gerichtliches Verfahren ausbildete, weßhalb denn ihre Unterſuchungen und Entſcheidungen bei erhobenen Anſprüchen mehr als adminiſtrative Anordnungen, wie als Ausflüſſe der richterlichen Gewalt erſcheinen mochten. Aber gleichwohl werden ſie nicht nach Willkühr und unter bloßer Berückſichtigung des Staatsintereſſe haben erkennen dürfen, ſo daß derartige Servituten an fiskaliſchen Sachen des Rechtsſchutzes

b) So lange noch Fiskus und Aerar geſchieden waren, wird auch für die Sachen des letztern daſſelbe gegolten haben; dagegen unterlagen die zum öffentlichen Gebrauch beſtimmten Sachen ganz andern Grundſätzen, und über ſie verblieb, wie wir ſehen werden, die Jurisdiction dem Prätor.

c) L. 2 § 32 de orig. iuris 1, 2.

d) L. 8 § 19 de transact. 2, 15; l. 12 de his quae ut indign. 34, 9; l. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8; l. 42 de iure fisci 49, 14.

e) L. 8 § 19 de transact; l 21 de auct. tut. 26. 8; l. 2 C. si adv. fisc. 2, 37 (darnach in Gemeinſchaft mit dem praeses provinciae); l. 1 C. de iurisd 3, 13; l. 1—3 C. ubi causa fisci 3, 26.

entbehrt und von den Vertretern des Fiskus in jedem Momente hätten revocirt werden können, ſondern die praefecti aerarii werden ausdrücklich für ſolche Sachen als iudices bezeichnet[f]), die alſo, wie ſchon der Name ſagt, Recht ſprechen ſollten. Und da von ihren Entſcheidungen Appellation an den Kaiſer möglich war[g]), ſo wurden die fiskaliſchen Sachen in letzter Inſtanz an derſelben Stelle entſchieden, wo auch Privatſtreitigkeiten beendet werden konnten, und daher, wenigſtens wo ein gerechtes Urtheil gegeben werden ſollte, nach denſelben Regeln. Es ſcheint ſogar, daß dieſe Jurisdiction der fiskaliſchen Beamten ſich nicht nur auf die Fälle erſtreckte, wo ſolche ſervitutartige Anſprüche dem Fiskus gegenüber erhoben wurden, ſondern daß ſie ſich auch auf die ausdehnte, wo letzterer das Recht anerkannte, aber zwiſchen Privaten über den Umfang u. ſ. w. geſtritten wurde. Denn Ulpian ſagt in l. 2 § 4 ne quid in loco publ., nachdem er erklärt hat, das Interdict ne quid in loco publico könne ein Privater gegen einen andern wegen widerrechtlicher Benutzung ſolcher Sachen nicht erheben, daß die Präfecten einen entſtehenden Streit zu entſcheiden hätten[h]).

Für die zum allgemeinen Gebrauch beſtimmten Sachen[i]) war der Geſichtspunkt, daß ſie dem Staate gehören und die Staatsgewalt darüber verfügen kann, der frühern Zeit wahrſcheinlich durchaus fremd[k]), und dieſe blieb bei der erſten natürlichſten Anſchauung ſtehen, wonach das, was Alle benutzen, auch Allen gehören muß, ohne daß deßhalb die Geſammtheit zu einer Abſtraction, zu einer idealen Perſon zu werden braucht[l]). Ein ſolches Geſammt-

---

f) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

g) Siehe die Conſtitutionen in den Titeln des Codex si adv. fisc. 2, 37 und ubi caus. fisci 3, 26. die zum Theil auf ſolche Appellationen erlaſſen ſind.

h) — Sed si forte de his sit controversia, Praefecti eorum iudices sunt.

i) Dazu gehören ſowohl die von Natur ſchon gemeinſamen Sachen [Luft, fließendes Waſſer, Meer und Meeresküſte], als auch die, welche durch menſchliche Einrichtungen der öffentlichen Benutzung übergeben ſind, wie Straßen, Plätze u. ſ. w. vgl. § 1 und § 6 J. de rerum divis. II. 1.

k) Jhering, Geiſt des röm. Rechts Bd. I. S. 187 und 196.

l) In der Beſitzlehre hat ſich eine ähnliche Anſchauung erhalten, vgl. den Ausſpruch von Paulus in l. 1 § 22 de acq. poss. 41, 2: Forum autem

gänzlich entzogen wurden[o]). Dadurch hing es nun freilich von dem Belieben der Aedilen ab, gegen wen ſie einſchreiten und wem ſie eine weitergreifende Benutzung geſtatten wollten, und aus l. 1 § 4 de via publica et si quid in ea factum esse dicatur 43, 10 erfahren wir, daß ſie den Schmieden und Färbern allgemein erlaubten, ihre Waaren auf der Straße anzufertigen, beziehungsweiſe auszuhängen; allein weil ſie auch nur wieder für die beſchränkte Dauer ihres Amtes nachhaltig verfügen konnten und ihre Nachfolger nicht an die von ihnen aufgeſtellten Grundſätze gebunden waren, ſo konnte aus ihrer Geſtattung niemals ein dauernder unwiderruflicher Anſpruch abgeleitet und darauf niemals ein wirkliches dingliches Recht an der öffentlichen Sache ſelbſt gegründet werden.

In früherer Zeit war daher das einzige Mittel, durch welches Private zu ſolchen außerhalb des allgemeinen Gebrauchsrechts liegenden Befugniſſen an öffentlichen Sachen gelangen konnten, daß ſie ſich dieſelben von den Berechtigten übertragen ließen, und ſie ihnen daher von der Geſammtheit derer, welche einen Rechtsanſpruch auf dieſelben hatten, dem populus in einer lex verliehen wurden. Darum ſagte denn auch der Prätor ausdrücklich in ſeinem Edict „ne quid in loco publico facias . . . praeterquam quod lege . . . concessum est“ u. ſ. w.[p]). Als aber die Geſetzgebung des Volkes durch die veränderten politiſchen Verhältniſſe zu ruhen begann, und der Senat die Erbſchaft deſſelben übernahm[q]), wurden auch durch Senatusconſulte dergleichen Befugniſſe verliehen[r]), obgleich ſie doch nicht mehr ein Beſchluß ſämmtlicher Berechtigter über ihr Recht waren, und ſo wurde [illegible] anerkannt, daß die Staatsgewalt, als ſolche, über die [illegible] Gebrauch beſtimmten Sachen zu verfügen habe. [illegible] Attribute dieſer Gewalt in ſeiner Perſon [illegible] ſich auch das Recht, Privilegien zu ſolcher [illegible] Gebrauchsrecht nicht enthaltenen Benutzung zu ver-

o) ne quid in loc. publ. 43, 8. Darauf ſtützt ſich auch die l. 41 § 1 de S. P. U. 8, 2.

p) pr. ne quid in loco publ. 43, 8. Vgl. l. 1 § 16 de flumin. 43, 12.

q) Gaius l. § 4; § 5 J. de iure natur. gent. et civil. l. 2.

r) L. 2 pr. ne quid in loco publ.

entbehrt und von den Vertretern des Fiskus in jedem Momente hätten revocirt werden können, ſondern die praefecti aerarii werden ausdrücklich für ſolche Sachen als iudices bezeichnet[f]), die alſo, wie ſchon der Name ſagt, Recht ſprechen ſollten. Und da von ihren Entſcheidungen Appellation an den Kaiſer möglich war[g]), ſo wurden die fiskaliſchen Sachen in letzter Inſtanz an derſelben Stelle entſchieden, wo auch Privatſtreitigkeiten beendet werden konnten, und daher, wenigſtens wo ein gerechtes Urtheil gegeben werden ſollte, nach denſelben Regeln. Es ſcheint ſogar, daß dieſe Jurisdiction der fiskaliſchen Beamten ſich nicht nur auf die Fälle erſtreckte, wo ſolche ſervitutartige Anſprüche dem Fiskus gegenüber erhoben wurden, ſondern daß ſie ſich auch auf die ausdehnte, wo letzterer das Recht anerkannte, aber zwiſchen Privaten über den Umfang u. ſ. w. geſtritten wurde. Denn Ulpian ſagt in l. 2 § 4 ne quid in loco publ., nachdem er erklärt hat, das Interdict ne quid in loco publico könne ein Privater gegen einen andern wegen widerrechtlicher Benutzung ſolcher Sachen nicht erheben, daß die Präfecten einen entſtehenden Streit zu entſcheiden hätten[h]).

Für die zum allgemeinen Gebrauch beſtimmten Sachen[i]) war der Geſichtspunkt, daß ſie dem Staate gehören und die Staatsgewalt darüber verfügen kann, der frühern Zeit wahrſcheinlich durchaus fremd[k]), und dieſe blieb bei der erſten natürlichſten Anſchauung ſtehen, wonach das, was Alle benutzen, auch Allen gehören muß, ohne daß deßhalb die Geſammtheit zu einer Abſtraction, zu einer idealen Perſon zu werden braucht[l]). Ein ſolches Geſammt-

---

f) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

g) Siehe die Conſtitutionen in den Titeln des Codex si adv. fisc. 2, 37 und ubi caus. fisci 3, 26, die zum Theil auf ſolche Appellationen erlaſſen ſind.

h) — Sed si forte de his sit controversia, Praefecti eorum iudices sunt.

i) Dazu gehören ſowohl die von Natur ſchon gemeinſamen Sachen [Luft, fließendes Waſſer, Meer und Meeresküſte], als auch die, welche durch menſchliche Einrichtungen der öffentlichen Benutzung übergeben ſind, wie Straßen, Plätze u. ſ. w. vgl. § 1 und § 6 J. de rerum divis. II. 1.

k) Jhering, Geiſt des röm. Rechts Bd. I. S. 187 und 196.

l) In der Beſitzlehre hat ſich eine ähnliche Anſchauung erhalten, vgl. den Ausſpruch von Paulus in l. 1 § 22 de acq. poss. 41, 2: Forum autem

eigenthum einer unbegrenzten Anzahl, das darum auch zu ungewiſſen Theilen iſt, kann aber nur dann nutzbringend für alle Eigenthümer ſein, wenn jeder nur ſolche Handlungen an der gemeinſamen Sache vornehmen darf, welche Andere nicht in dem ordnungsmäßigen Gebrauch zu hindern vermögen, oder welche doch mit dem Zweck correſpondiren, für die ſie von Anfang an beſtimmt iſt; bleibt man innerhalb dieſer Grenzen, ſo muß ein anderer, der ſpäter kommt, ſoweit mit ſeinen Anſprüchen auf Benutzung zurücktreten; überſchreitet man ſie aber und beſchädigt die Sache oder erſchwert deren Gebrauch unrechtmäßig, ſo verletzt man dadurch nach dieſer ältern Auffaſſung nicht etwa die Rechte des Staats, ſondern nur deſſen, den man am Gebrauch verhindert[m]), ja bei Beſchädigungen von Wegen, Flüſſen und Kloaken wird angenommen, daß man ſchon allein durch dieſen Act unmittelbar die Rechte aller jener einzelnen Bürger beeinträchtige, weßhalb denn allen dieſen, — und darin zeigt ſich eben beſonders die Wirkung dieſer Auffaſſung, — auch noch im ſpätern Rechte ſofort eine Klage (die Populariterdicte) vor den ordentlichen Gerichten gegeben wird[n]). Wenn darum auch öffentliche Beamte die Wege-

et basilicam hisque similia [municipes] non *possident*, sed *promiscue* his utuntur, und vielleicht die Worte Ulpians in l. 5 § 15 commodati 13, 6: Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi unius cuiusque in solidum esse — neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.

m) Er hat darum die Interdicte *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (tit. 8, lib. 43 D.) und *ut in flumine publico navigare liceat* [tit. 14 daſelbſt], ſowie, wenn er einen Weg ausbeſſern oder Uferbauten vornehmen will, die Interdicte *de via publica vel itinere publico reficiendo* [tit. 11 daſelbſt] oder *de ripa munienda* [tit. 15 daſelbſt].

n) So die Interdicte *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* (tit. 12 lib. 43 D), *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (tit. 13 daſelbſt), *de cloacis publicis* (l. 1 de cloacis 43, 23), und die in l. 1 § 20 und § 35 ne quid in loco publico 43, 8 aufgeführten Interdicte zum Schutz der Wege. Beſonders deutlich läßt ſich das dargeſtellte Verhältniß in einer Stelle der lex Mamilia u. ſ. w. analog angewandt erkennen, wie ſie uns uns in den Schriften der römiſchen Feldmeſſer überliefert wird. Dort wird geſagt, niemand ſolle die limites und decumanos verletzen, welche in den in Gemäßheit dieſer Geſetze gegründeten Kolonieen gezogen ſein, und die nach dem römiſchen Kolonialrecht in derſelben Weiſe der Geſammtheit allen Koloniſten zuſtanden, wie die res publicae der Geſammtheit aller cives.

entbehrt und von den Vertretern des Fiskus in jedem Momente hätten revocirt werden können, ſondern die praefecti aerarii werden ausdrücklich für ſolche Sachen als iudices bezeichnet[f]), die alſo, wie ſchon der Name ſagt, Recht ſprechen ſollten. Und da von ihren Entſcheidungen Appellation an den Kaiſer möglich war[g]), ſo wurden die fiskaliſchen Sachen in letzter Inſtanz an derſelben Stelle entſchieden, wo auch Privatſtreitigkeiten beendet werden konnten, und daher, wenigſtens wo ein gerechtes Urtheil gegeben werden ſollte, nach denſelben Regeln. Es ſcheint ſogar, daß dieſe Jurisdiction der fiskaliſchen Beamten ſich nicht nur auf die Fälle erſtreckte, wo ſolche ſervitutartige Anſprüche dem Fiskus gegenüber erhoben wurden, ſondern daß ſie ſich auch auf die ausdehnte, wo letzterer das Recht anerkannte, aber zwiſchen Privaten über den Umfang u. ſ. w. geſtritten wurde. Denn Ulpian ſagt in l. 2 § 4 ne quid in loco publ., nachdem er erklärt hat, das Interdict ne quid in loco publico könne ein Privater gegen einen andern wegen widerrechtlicher Benutzung ſolcher Sachen nicht erheben, daß die Präfecten einen entſtehenden Streit zu entſcheiden hätten[h]).

Für die zum allgemeinen Gebrauch beſtimmten Sachen[i]) war der Geſichtspunkt, daß ſie dem Staate gehören und die Staatsgewalt darüber verfügen kann, der frühern Zeit wahrſcheinlich durchaus fremd[k]), und dieſe blieb bei der erſten natürlichſten Anſchauung ſtehen, wonach das, was Alle benutzen, auch Allen gehören muß, ohne daß deßhalb die Geſammtheit zu einer Abſtraction, zu einer idealen Perſon zu werden braucht[l]). Ein ſolches Geſammt-

f) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

g) Siehe die Conſtitutionen in den Titeln des Codex si adv. fisc. 2, 37 und ubi caus. fisci 3, 26, die zum Theil auf ſolche Appellationen erlaſſen ſind.

h) — Sed si forte de his sit controversia, Praefecti eorum iudices sunt.

i) Dazu gehören ſowohl die von Natur ſchon gemeinſamen Sachen [Luft, fließendes Waſſer, Meer und Meeresküſte], als auch die, welche durch menſchliche Einrichtungen der öffentlichen Benutzung übergeben ſind, wie Straßen, Plätze u. ſ. w. vgl. § 1 und § 6 J. de rerum divis. II. 1.

k) Jhering, Geiſt des röm. Rechts Bd. I. S. 187 und 196.

l) In der Beſitzlehre hat ſich eine ähnliche Anſchauung erhalten, vgl. den Ausſpruch von Paulus in l. 1 § 22 de acq. poss. 41, 2: Forum autem

eigenthum einer unbegrenzten Anzahl, das darum auch zu ungewiſſen Theilen iſt, kann aber nur dann nutzbringend für alle Eigenthümer ſein, wenn jeder nur ſolche Handlungen an der gemeinſamen Sache vornehmen darf, welche Andere nicht in dem ordnungsmäßigen Gebrauch zu hindern vermögen, oder welche doch mit dem Zweck correſpondiren, für die ſie von Anfang an beſtimmt iſt; bleibt man innerhalb dieſer Grenzen, ſo muß ein anderer, der ſpäter kommt, ſoweit mit ſeinen Anſprüchen auf Benutzung zurücktreten; überſchreitet man ſie aber und beſchädigt die Sache oder erſchwert deren Gebrauch unrechtmäßig, ſo verletzt man dadurch nach dieſer ältern Auffaſſung nicht etwa die Rechte des Staats, ſondern nur deſſen, den man am Gebrauch verhindert[m]), ja bei Beſchädigungen von Wegen, Flüſſen und Kloaken wird angenommen, daß man ſchon allein durch dieſen Act unmittelbar die Rechte aller jener einzelnen Bürger beeinträchtige, weßhalb denn allen dieſen, — und darin zeigt ſich eben beſonders die Wirkung dieſer Auffaſſung, — auch noch im ſpätern Rechte ſofort eine Klage (die Popularinterdicte) vor den ordentlichen Gerichten gegeben wird[n]). Wenn darum auch öffentliche Beamte die Wege-

et basilicam hisque similia [municipes] non *possident*, sed *promiscue* his utuntur, und vielleicht die Worte Ulpians in l. 5 § 15 commodati 13, 6: Unum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi unius cuiusque in solidum esse — neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.

m) Er hat darum die Interdicte *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (tit. 8, lib. 43 D.) und *ut in flumine publico navigare liceat* [tit. 14 daſelbſt], ſowie, wenn er einen Weg ausbeſſern oder Uferbauten vornehmen will, die Interdicte *de via publica vel itinere publico reficiendo* [tit. 11 daſelbſt] oder *de ripa munienda* [tit. 15 daſelbſt].

n) So die Interdicte *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* (tit. 12 lib. 43 D), *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (tit. 13 daſelbſt), *de cloacis publicis* (l. 1 de cloacis 43, 23), und die in l. 1 § 20 und § 35 ne quid in loco publico 43, 8 aufgeführten Interdicte zum Schutz der Wege. Beſonders deutlich läßt ſich das dargeſtellte Verhältniß in einer Stelle der lex Mamilia u. ſ. w. analog angewandt erkennen, wie ſie uns uns in den Schriften der römiſchen Feldmeſſer überliefert wird. Dort wird geſagt, niemand ſolle die limites und decumanos verletzen, welche in den in Gemäßheit dieſer Geſetze gegründeten Kolonieen gezogen ſein, und die nach dem römiſchen Kolonialrecht in derſelben Weiſe der Geſammtheit allen Koloniſten zuſtanden, wie die res publicae der Geſammtheit aller cives.

entbehrt und von den Vertretern des Fiskus in
hätten revocirt werden können, ſondern die praefec
ausdrücklich für ſolche Sachen als iudices bezeichnet
ſchon der Name ſagt, Recht ſprechen ſollten. Und da v
dungen Appellation an den Kaiſer möglich war[g]), ſo
kaliſchen Sachen in letzter Inſtanz an derſelben S
wo auch Privatſtreitigkeiten beendet werden konnt
wenigſtens wo ein gerechtes Urtheil gegeben werd
denſelben Regeln. Es ſcheint ſogar, daß dieſe Juri
kaliſchen Beamten ſich nicht nur auf die Fälle erſtre
ſervitutartige Anſprüche dem Fiskus gegenüber erhob
dern daß ſie ſich auch auf die ausdehnte, wo letzteres
erkannte, aber zwiſchen Privaten über den Umfang u.
wurde. Denn Ulpian ſagt in l. 2 § 4 ne quid
nachdem er erklärt hat, das Interdict ne quid in loc
ein Privater gegen einen andern wegen widerrechtl
ſolcher Sachen nicht erheben, daß die Präfecten ein
Streit zu entſcheiden hätten[h]).

Für die zum allgemeinen Gebrauch
Sachen[i]) war der Geſichtspunkt, daß ſie dem Staa
die Staatsgewalt darüber verfügen kann, der frühe
ſcheinlich durchaus fremd[k]), und dieſe blieb bei der erſt
Anſchauung ſtehen, wonach das, was Alle benutzen,
hören muß, ohne daß deßhalb die Geſammtheit zu ei
zu einer idealen Perſon zu werden braucht[l]). Ein ſol

---

f) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

g) Siehe die Conſtitutionen in den Titeln des Codex si a
und ubi caus. fisci 3, 26. die zum Theil auf ſolche Appellatio

h) — Sed si forte de his sit controversia, Praefe
dices sunt.

i) Dazu gehören ſowohl die von Natur ſchon gemeinſamer
fließendes Waſſer, Meer und Meeresküſte], als auch die, welch
liche Einrichtungen der öffentlichen Benutzung übergeben ſind
Plätze u. ſ. w. vgl. § 1 und § 6 J. de rerum divis. II. 1.

k) Jhering, Geiſt des röm. Rechts Bd. I. S. 187 und

l) In der Beſitzlehre hat ſich eine ähnliche Anſchauung erh
Ausſpruch von Paulus in l. 1 § 22 de acq. poss. 41, 2:

oder Strombauten leiten und vielleicht die öffentlichen Sachen auch in der Weiſe beaufſichtigen konnten, daß ſie Verletzungen derſelben mit Hülfe ihrer Befugniß, Strafen zu verfügen, ahnden durften, ſo war, wenn wir von den ſtädtiſchen Straßen zur Zeit abſehen, niemand an ihren Ausſpruch ſo gebunden, daß er unberechtigte Uebergriffe Dritter, auch wenn die Aufſichtsbeamten ſie erlaubt hätten, dulden mußte, ſondern er konnte, ebenſo wie wenn er in der Benutzung ſeiner Privatſache gehindert oder dieſe von Unberechtigten beſchädigt wäre, den Schutz des Prätors mittelſt jener Interdicte anrufen. Von dieſem hing es daher ab, ob er in den einzelnen Handlungen Verletzungen der öffentlichen Sachen ſehen wollte, und er konnte demgemäß Grundſätze in ſein Edict aufnehmen, welche für die Benutzung derſelben maaßgebend ſein ſollten. Nun widerſprach es aber durchaus der Natur der prätoriſchen Gewalt, wenn darin Einzelnen ausnahmsweiſe beſondere ausgedehnte Vorrechte zugeſtanden worden wären, und ſo konnten auch durch den Prätor keine das allgemeine Gebrauchsrecht überſchreitende Privatbefugniß an öffentlichen Sachen ertheilt werden, und um ſo weniger, als er nur für das eine Jahr ſeiner Amtsdauer verbindliche Vorſchriften über die Handhabung der Rechtspflege ertheilen konnte.

Der letztere Grund erleidet ähnlich auch bei den in der Stadt und deren nächſten Umgebung gelegenen öffentlichen Straßen und Plätzen Anwendung. Für dieſe mußte der lebhafte Verkehr mit allen ſeinen Anforderungen und Gefahren ſchon frühe den bloßen gerichtlichen Schutz des Prätors als unzureichend darſtellen und ward Veranlaſſung, daß dieſelben unter die polizeiliche Aufſicht der Aedilen und anderer Beamten geſtellt und, um die wichtige Verwaltung derſelben in deren Hand zu concentriren, dem prätoriſchen Interdictenſchutze

---

Später heißt es nun in jener Stelle (Ausgabe von Blume, Bachmann, Rudorff Bd. I. S. 264): si quis adversus ea quid fecerit, in res singulas, quotiescunque fecerit, SS. IV. colonis municipibusve eis, in quorum agro id factum erit, dare damnas esto, *pecuniaeque qui volet petitio hac lege esto*. Alſo geſchuldet wurde die Strafſumme allen Municipalbürgern, an deren Gebiet die Verletzung geſchehen war, aber dadurch daß Einer Klage erhob, ward dieſelbe conſummirt.

gänzlich entzogen wurden[o]). Dadurch hing es nun freilich von dem Belieben der Aedilen ab, gegen wen sie einschreiten und wem sie eine weitergreifende Benutzung gestatten wollten, und aus l. 1 § 4 de via publica et si quid in ea factum esse dicatur 43, 10 erfahren wir, daß sie den Schmieden und Färbern allgemein erlaubten, ihre Waaren auf der Straße anzufertigen, beziehungsweise auszuhängen; allein weil sie auch nur wieder für die beschränkte Dauer ihres Amtes nachhaltig verfügen konnten und ihre Nachfolger nicht an die von ihnen aufgestellten Grundsätze gebunden waren, so konnte aus ihrer Gestattung niemals ein dauernder unwiderruflicher Anspruch abgeleitet und darauf niemals ein wirkliches dingliches Recht an der öffentlichen Sache selbst gegründet werden.

In früherer Zeit war daher das einzige Mittel, durch welches Private zu solchen außerhalb des allgemeinen Gebrauchsrechts liegenden Befugnissen an öffentlichen Sachen gelangen konnten, daß sie sich dieselben von den Berechtigten übertragen ließen, und sie ihnen daher von der Gesammtheit derer, welche einen Rechtsanspruch auf dieselben hatten, dem populus in einer lex verliehen wurden. Darum sagte denn auch der Prätor ausdrücklich in seinem Edict „ne quid in loco publico facias . . . praeterquam quod lege . . . concessum est“ u. s. w.[p]). Als aber die Gesetzgebung des Volkes durch die veränderten politischen Verhältnisse zu ruhen begann, und der Senat die Erbschaft desselben übernahm[q]), wurden auch durch Senatusconsulte dergleichen Befugnisse verliehen[r]), obgleich sie doch nicht mehr ein Beschluß sämmtlicher Berechtigter über ihr Recht waren, und so wurde denn damit anerkannt, daß die Staatsgewalt, als solche, über die zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Sachen zu verfügen habe. Als darum der Kaiser alle Attribute dieser Gewalt in seiner Person vereinigte, da vindicirte er sich auch das Recht, Privilegien zu solcher in dem allgemeinen Gebrauchsrecht nicht enthaltenen Benutzung zu ver-

o) L. 2 § 24 ne quid in loc. publ. 43, 8. Darauf stützt sich auch die Entscheidung in l. 41 § 1 de S. P. U. 8, 2.

p) L. 2 pr. ne quid in loco publ. 43, 8. Vgl. l. 1 § 16 de flumin. 43, 12.

q) Gaius l. § 4; § 5 J. de iure natur. gent. et civil. l. 2.

r) L. 2 pr. ne quid in loco publ.

werden, die allgemeinen Regeln über Verpfändung analog angewendet werden müſſen. Demnach hat der Pfandgläubiger niemals ſelbſt den Uſusfruct, ſondern nur das Recht, ihn zu veräußern, und ſich aus der gelößten Summe zu befriedigen.

Für den Fall der Vermiethung des Uſusfruct, welche, wie ſchon oben erwähnt ward, nur das perſönliche Forderungsrecht übertragen kann, ertheilt Ulpian in l. 9, § 1 locati cond. 19, 2 die Vorſchrift, daß, wenn der Uſusfruct innerhalb der Miethzeit durch den Tod des Uſufructuars erlöſche, der Miether durchaus keinen Anſpruch auf Entſchädigung habe, ja ſelbſt nicht auf Verwendungen, die er in der Hoffnung, er werde die ganze Miethzeit in der Ausübung bleiben, zu eigenem Vortheil gemacht habe, vielmehr müſſe er für die Zeit, wo er den Uſusfruct benutzt habe, einen verhältnißmäßigen Miethzins bezahlen. Nur wenn der Uſufructuar ſich bei der Vermiethung als Eigenthümer ausgegeben habe, haſte er in ſolchen Fällen dem Miether.

Schließlich entſteht nun auch hier die Frage, ob ein Uſusfruct in der Weiſe veräußert werden kann, daß eine andere Servitut an derſelben beſtellt wird, die natürlich denkbarer Weiſe nur eine Perſonalſervitut ſein könnte. So lange das Recht überhaupt keine Veräußerung des Uſusfructs dem dinglichen Rechte nach kannte, wird eine derartige Frage nicht aufgeworfen ſein, da durch Teſtament über eine beſtehende Perſonalſervitut entweder nicht verfügt, oder doch nur dahin zielende Obligationen auferlegt werden konnten, die aber vorausſetzten, daß ſich anderswo ſchon eine geeignete Form gebildet hatte, durch in iure cessio aber den obigen Ausführungen gemäß ſich kein im Rechte noch nicht anerkanntes Inſtitut Eingang verſchaffen konnte. Für die Zeit, wo der Uebertragbarkeit des dinglichen Rechts Bahn gebrochen war, ſind aber unſere Quellen im höchſten Grade dürftig, und ſo wird uns denn auch nicht geſagt, ob man nun einen Uſusfruct am Uſusfruct zuließ.

Ein ſolches Verhältniß läßt ſich aber in der Art denken, daß der Uſufructuar einzelne in ſeiner Servitut enthaltene Befugniſſe einem andern zur ſelbſtändigen Herrſchaft übergebe, damit er ſie für die Dauer ſeines Lebens oder bis zu einem andern innerhalb deſſelben feſtgeſetzten Zeitpunkt kraft eigenen dinglichen Rechtes ausübe. Wenn eine ſolche Servitut an einer Servitut nun aber auch keineswegs

als ein unmögliches oder unnützes Verhältniß erſcheint, und wenn ferner das allgemeine Princip der Uebertragbarkeit des Uſusfructs auch die Servitutbeſtellung an demſelben zu rechtfertigen ſcheint, ſo möchte doch ein erheblicher Zweifel entſtehen, ob durch bloße analoge Ausdehnung ein ſolches dem Rechte ſonſt gar nicht bekanntes Inſtitut der Servitut an einer Servitut gebildet werden könne, zumal da gerade die Herrſchaft über eine Eigenſchaft einer körperlichen Sache ſonſt das charakteriſtiſche Zeichen der Servitut iſt[h]). Und der allerdings zunächſt nur für Servituten an Realſervituten ausgeſprochene Satz „servitus servitutis esse non potest“ [i]) ſcheint auch dagegen zu ſprechen.

Allein, wenn man mit uns annimmt, daß, da der Uſusfruct unter Bedingungen und Zeitbeſtimmungen conſtituirt werden kann, er ſo auch unter denſelben veräußert werden darf, ſo folgt daraus, daß, wie ſchon erwähnt wurde, das Recht des Erwerbers ſpeciell an ſeine Perſon geknüpft werden kann, und ſein Tod oder ſeine capitis deminutio als Reſolutivbedingung des Veräußerungsgeſchäftes gelten können. Wenn etwa demſelben noch hinzugefügt wird, daß bei dem urſprünglichen Uſufructuar der Uſusfruct ſo weit zurückbleiben ſoll, als er nicht von dem Erwerber geübt wird, ſo iſt dem Effecte nach hier ein Uſusfruct an einem Uſusfruct vorhanden, und es handelt ſich nur darum, ob man das nun auch ſo bezeichnen, oder weitläuftig als Veräußerung unter der und der Bedingung umſchreiben will. Ferner wird dann auch kein Grund mehr ſein, eine Veräußerung des Uſusfructs nicht nur nach ideellen Quoten ſondern auch in der Art zuzulaſſen, daß nur einzelne in demſelben enthaltene Befugniſſe übertragen werden, und wird dann wieder das Verhältniß durch Zufügung der obigen Reſolutivbedingungen den Charakter einer Servitut an einer Servitut annehmen. Die unmittelbare Herrſchaft über eine einzelne Eigenſchaft einer körperlichen Sache wird aber auch durch

h) Der Quaſiuſusfruct an Forderungen u. ſ. w. iſt gar keine Servitut, ſondern nur ein dem Uſusfruct nachgebildetes und mit dieſem gleiche Zwecke verfolgendes Forderungsrecht, das alſo nur ſeiner „Function“, nicht ſeiner „Structur“ wegen einen Platz unter den Servituten gefunden hat. Siehe unten.

i) L. 1 de usu et usufr. legat. 33, 2; l. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3.

Beſtellung einer ſolchen Afterſervitut verliehen, und unterſcheidet ſich dieſe von der urſprünglichen nur dadurch, daß dieſe Herrſchaft nicht direct vom Eigenthümer, ſondern von dem erſten Servitutberechtigten als Zwiſchenhändler erworben wird, der in ſoweit und ſo lange ſein Recht an den fraglichen Eigenſchaften der Sache verliert.

Hiermit ſtehen nun aber in Widerſpruch die Regeln in l. 15 § 7 bis l. 17 de usufr. 7, 1. Hier heißt es:

> 15. Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum. — § 7. Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. — Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest,
>
> 16. Paulus libro III. ad Sabinum. — nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere.
>
> 17. Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum. — Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario; et hoc verum est favore religionis.

Darnach ſoll alſo der Eigenthümer nicht einmal mit Zuſtimmung des Uſufructuars eine Servitut errichten können, und daraus kann man mit Recht folgern, daß dann auch der Uſufructuar ſelbſt keine Servitut auflegen könne. Den Grund der ganzen Vorſchrift hat man in Verſchiedenem zu finden geglaubt, namentlich ſie aber mit dem Satz: servitus servitutis esse non potest, in Verbindung gebracht, indem ja die durch den Uſusfruct ſchon veräußerte Befugniß noch einmal veräußert und alſo jenem entzogen werde. Nun iſt es aber einmal kaum glaublich, daß die Römer nur dieſen Geſichtspunkt bei ihrer durchaus gegen die Intereſſen des Verkehrs ankämpfenden Entſcheidung im Auge gehabt hätten, da ja die hier vom Eigenthümer zu beſtellende Servitut, die dem ganzen Zuſammenhange und der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes servitus nach nur eine Realſervitut ſein kann, wenn ſie einmal zugelaſſen wäre, über den Uſusfruct, und unabhäng von dieſem, dauern, ſie alſo, wäre ſie eine Servitut an der Servitut, die belaſtete Sache (den Uſusfruct) überleben würde, was doch gegen alle römiſche Rechtsauffaſſung wäre. Entſchieden ſpricht auch dagegen, daß in l. 17 der Servitutbeſtellung der Act gleichgeſtellt wird, wodurch der im Uſusfruct ſtehende Grund und Boden religios wurde, und daß die Regel, wonach ſolcher

consentiente usufructuario wirkſam ſein ſoll, als eine nur favore religionis zugeſtandene Anomalie aufgefaßt wird, während doch da von einer servitus servitutis nicht die Rede ſein kann. Aber die hier ſo prägnante Stellung des consentiente usufructuario hätte ſchon darauf hinweiſen können, wie dieſe Stelle mit einem im ſpätern Rechte weggefallenen Satz zuſammenhängt. Es iſt im höchſten Grade wahrſcheinlich[k]), daß die Servituten nicht durch bloßen Verzicht untergingen, ſondern wie häufige und ohne dieſe Auffaſſung unerklärliche Quellenſtellen berichten, durch in iure cessio an den Eigenthümer zurückübertragen werden mußten. Was nun vom Ganzen gilt, muß auch von den einzelnen Beſtandtheilen gelten, und es war daher auch nicht möglich, durch bloßen Conſens eine in dem Uſusfruct enthaltene Befugniß auf den Eigenthümer zurückzuübertragen, wie ſolches doch nöthig war, wenn dieſer dieſelbe zum Inhalt einer andern Servitut machen wollte.

Demgemäß enthielten die l. 15 § 7 bis l. 17 pr. antiquirtes und nur aus Verſehen in das Corpus Juris recipirtes Recht[l]), was wir auch um ſo unbedenklicher annehmen können, als man ſelbſt, wenn man unſere Anſicht von der Entſtehung dieſer Sätze nicht theilt, die Unanwendbarkeit derſelben im juſtinianeiſchen Rechte eingeſtehen muß. Denn ſeitdem der Uſusfruct, wie die andern Servituten, durch bloßen Vertrag oder höchſtens durch hinzukommende Quaſitradition entſteht, wird ein ſolcher Vertrag zwiſchen Eigenthümer und Uſufructuar über Rückgabe eines Theils der Servitutbefugniß zum Zwecke der Vergebung an andere ſo interpretirt werden müſſen, daß er wo möglich erhalten werden kann. Das geſchieht aber dadurch, daß man ihn als Verzicht auf die ſeitherige Servitut verbunden mit der Errichtung eines neuen um die fragliche Befugniß geſchmälerten Uſusfructs auffaßt, bei der, wenn man Quaſitradition für erforderlich hält, ſolche dadurch bewirkt wird, daß der Uſufructuar durch Ertheilung ſeines Conſenſes die Detention der dienenden Sache nicht verliert, und der Eigenthümer demnach ſofort die Ausübung des

---

k) Die Beweiſe werden wir unten im § 39 nachholen.

l) Zachariä von Lingenthal Zeitſchrift für geſch. Rechts-Wiſſenſch. Bd. 14 S. 139.

neuen geſchmälerten Uſusfructs geſchehen läßt. Es würde eine quasi traditio brevi manu ſtattfinden.

Hiernach möchte dargethaen ſein, daß die beſprochnen Stellen unſere Anſicht, wonach im ſpätern römiſchen Recht ein Uſusfruct am Uſusfruct zuläſſig geweſen iſt, nicht zu widerlegen vermögen. Dieſer Anſicht ſcheint nun aber Juſtinians ſchon oben in § 12 beſprochene Entſcheidung in l. 17 C. de usufr. 3, 33 entgegenzutreten, die jedoch eine durchaus ſinguläre iſt und auf irrigen Rechtsauffaſſungen beruht, ja durch ihre Singularität ſogar unſere Anſicht zu unterſtützen im Stande ſein möchte, wie das Nachfolgende beweiſen mag.

Bekanntlich kennt das ſpätere Recht mehrere ſogen. geſetzliche Uſusfructe, welche ein ganzes Vermögen oder eine Quote deſſelben umfaſſen, und es frägt ſich daher, wie ſich dieſer geſetzliche Uſusfruct zu einem andern zu einem ſolchen Vermögen gehörenden Uſusfruct verhalte. Bei einigen Arten des geſetzlichen Uſusfructs wird dieſe Frage nicht vorkommen können oder deren Beantwortung gleichgültig ſein. Letzteres gilt z. B. namentlich bei dem Uſusfruct des coniux binubus, d. h. deſſen, der Kinder aus einer frühern Ehe hat und doch zur zweiten Ehe ſchreitet, wo das Eigenthum an den ſogen. lucra nuptialia aus der erſten Ehe jenen Kindern bei Abſchluß der zweiten Ehe zugefallen, ihm aber der Uſusfruct daran verblieben iſt. Hatte nun etwa der erſte Ehegatte ihm einen Uſusfruct vermacht, der demnach zu den lucra nuptialia gehört, ſo hat es keinerlei Effect, wenn man annimmt, daß dieſer auch mit den andern Sachen dem Rechte nach auf die Kinder übergehe, indem der urſprüngliche Uſufructuar doch wieder ein dingliches Recht auf Ausübung hatte, und wo dieſes durch den Tod oder capitis deminutio erlöſchen würde, und demnach das Recht der Kinder wirkſam werden ſollte, immer auch der zu Grunde liegende Uſusfruct ſelbſt durch dasſelbe Factum erloſchen, alſo das Recht der Kinder von gar keinem Werth ſein würde. Darum alſo kann die nov. 22 c. 32 auch mit Recht ſagen, hier bleibe der Uſusfruct bei dem coniux binubus[m]).

m) Wenn die l. 1 Cod. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit 5, 10 ſchon mit dem Eintritt in die zweite Ehe den Uſusfruct immer erlöſchen laſſen will, ſo iſt das eine Interpretationsregel,

Von größerer Wichtigkeit iſt dagegen die Frage bei dem geſetzlichen Uſusfruct des Vaters an den Adventitien ſeines Hausſohns, wo das Verhältniß zu dem vom Sohn erworbenen Uſusfruct, ſoweit dieſer nicht ex re patris gemacht iſt, für uns von Wichtigkeit iſt. Schon im § 12 ſahen wir, wie Juſtinian in der l. 17 C. de serv. 3, 33 für dieſen Fall die Vorſchrift gegeben hat, daß weder der Tod, noch eine capitis deminutio des Sohnes dem Vater einen ſo vom Sohne erworbenen Uſusfruct entziehen ſolle, dagegen aber auch beim Tode oder der capitis deminutio des Vaters dem Sohne wieder der von ihm erworbene Uſusfruct zufallen ſolle. Wir ſahen oben auch ſchon, wie Juſtinian im Anfang dieſer Stelle ein für Sklaven und Hausſöhne überall gleiches Verhältniß anzunehmen ſcheint und im Eifer, alte Streitfragen zu entſcheiden, nicht bemerkt, daß ſich durch Ausbildung des Peculienrechts die ganze Sachlage verändert hat. Deßhalb läßt er den Uſusfruct dem Vater in jedem Falle ohne Unterſcheidung, ob er mit Hülfe des väterlichen Vermögens erworben oder von anderer Seite her zugefallen iſt, für ſeine ganze Lebensdauer durch den Sohn erwerben, wie das die alten Juriſten vorgeſchrieben hatten; die Beſtimmung aber, daß auch der Uſusfruct nachher auf den Sohn übergehen ſolle, ging dagegen hervor aus den neuen Ideen von den Adventitien, wonach der Vater an ſolchen Erwerbungen nur einen Nießbrauch erhalten konnte, das Recht ſelbſt aber dem Sohne blieb. Hier theilt Juſtinian vielleicht unbewußt die Rechtsanſchauung ſeiner Zeit, die er nur durch das Hineintragen jener alten Controverſen vermiſcht und verwirrt, und auch vor dieſer Entſcheidung wird der nicht zum peculium profectitium gehörige Uſusfruct des Sohnes während der patria potestas vom Vater geübt, nachher, wenn der geſetzliche Uſusfruct des Vaters an den Adventitien aus irgend einem Grunde erloſch, auf den Sohn übergegangen ſein. Darin änderte Juſtinian nichts, weßhalb denn auch kein pomphaftes Selbſtlob hier ſeine geſetzgeberiſche Thätigkeit

---

welche bei Errichtung des Uſusfructs ſtillſchweigend die Reſolutivbedingung zugefügt haben will, „wenn der Uſufructuar oder die Uſufructuarin nicht zur zweiten Ehe ſchreite“. So faßt die nov. 22 auch jene Conſtitution auf und ändert ſie dahin ab, daß jene Reſolutivbedingung nicht mehr vermuthet, ſondern ausdrücklich beigefügt werden müſſe.

preißt, und nur durch das Hineinziehen jener alten, nur für das peculium profectitium paſſenden Beſtimmungen und die gewählte allgemeine Faſſung dehnt er dieſen Satz auch auf den ex re patris erworbenen Uſusfruct aus. Dieſe Conſtitution wird alſo einer Seits keinerlei ausdehnenden Erklärung fähig, anderer Seits aber unſere oben ausgeſprochene Anſicht nur zu unterſtützen im Stande ſein. Ein geſetzlicher Uſusfruct wird ſo auch überall und ganz in Gemäßheit der ſonſt geltenden Regeln jeden dem betreffenden Vermögen zuſtehenden Uſusfruct ergreifen.

Wir haben in den letzten Paragraphen meiſtens nur von der Uebertragbarkeit des Uſusfructs geſprochen, und haben ihn dabei in dem weitern Sinne als Repräſentant aller bei der Errichtung als veräußerlich hingeſtellten Perſonalſervituten aufgefaßt. Wie weit dieſe Regeln auf die Servituten der habitatio und operae servorum Anwendung finden, wird um ſo mehr kurz bei der Beſprechung dieſer einzelnen Inſtitute angegeben werden können, als ſie zu ſehr mit römiſchen Lebensverhältniſſen zuſammenhingen, um ohne deren Berückſichtigung richtig beurtheilt werden zu können, und als ihre Bedeutung für uns zu gering iſt, um ein detaillirtes Eingehen auf dieſelben hier nöthig zu machen.

Sechſtes Kapitel.

Servitutähnliche Verhältniſſe.

§. 29.

Servitutes tuitione praetoris constitutae.

Auf dem Gebiete der Servituten tritt uns derſelbe Dualismus entgegen, der uns ſo oft in den einzelnen Inſtituten des römiſchen Rechts begegnet, der Gegenſatz zwiſchen dem vom Civilrecht anerkannten ius und dem factiſchen Verhältniß, welches die Magiſtrate, von neuern Rechtsanſchauungen geleitet, durch Verleihung von Einreden und Klagen mit ihrem Schutze verſehen haben, ohne daß es für den hiſtoriſchen Sinn römiſcher Jurisprudenz dadurch zum ius werden konnte. Wie darum neben dem civilrechtlichen dominium ein nur durch den Prätor geſchütztes in bonis vorkam, ſo waren neben den servitutes iure civili constitutae auch andere ſervitutähnliche Verhältniſſe zugelaſſen, die auch wohl als servitutes tuitione praetoris constitutae bezeichnet wurden; der praktiſche Unterſchied, welcher aber zwiſchen dem civilrechtlichen und dem bonitariſchen Eigenthum nicht nur hinſichtlich der Bezeichnung der zum Schutz derſelben gegebenen Klagen, ſondern auch hinſichtlich anderer materieller Folgen fortbeſtand, und der es möglich machte, daß gleichzeitig beide Arten von Eigenthum verſchiedenen Perſonen an derſelben Sache zuſtehen konnten, findet ſich in dieſer Weiſe bei den Servituten nicht. Um aber zu unterſuchen, wann und wie weit die servitutes tuitione praetoris constitutae andere oder weniger vortheilhafte Wirkungen äußern, als die civilrechtlich anerkannten, wird es nöthig ſein, daß wir die

Staatszwecke nutzbar erhalten, und weiter dahin wirken können, daß jene limites ſtets in einem Zuſtand waren, daß ſie auch zu dieſem Zwecke benutzt werden konnten. Namentlich galt das von der Breite ſolcher Wege, welche in der lex coloniae feſtgeſetzt zu werden pflegte[n]), wie darin auch Anlegung von Abzugsgräben an den Seiten der Wege vorgeſchrieben ſein konnte[o]). Wenn demnach auch dadurch, daß die limites itineri publico serviunt, jeder cives vermöge ſeines Bürgerrechts ein Recht auf dieſen Weg erhielt, ſo war doch das Verhältniß in ſeiner Hauptrichtung und ſeinem eigentlichen Zwecke nach ſtaatsrechtlicher Natur und hing mit der eigenthümlichen Stellung der Kolonien und Municipien zu dem populus, als der Geſammtheit aller berechtigter Subjecte zuſammen. Als die kaiſerliche Gewalt mehr conſolidirte, und der Begriff des Staatseigenthums unter der Verwaltung des Staatsoberhaupts an die Stelle des Begriffs vom Geſammteigenthum aller zum Staate gehörigen Perſonen trat, und als auch die Verfügung über die Sachen der Kolonien und Municipien vermöge der im römiſchen Reiche zur Geltung gelangenden Centraliſation immer mehr dem Kaiſer und ſeinen Beamten anheimfiel, da verlor jenes Inſtitut der Populariervitut ſeine Bedeutung, und wenn auch die Lehre davon in den alterthümlichen Schriften der Agrimenſoren in Gemäßheit des darin herrſchenden Handwerksgeiſtes ſtereotyp aufbewahrt wurde, ſo finden wir doch im Corpus Juris keine Spur davon.

Um das Geſammtreſultat dieſer beiden Paragraphen zuſammenzufaſſen, ſo gab es ſowohl an öffentlichen Sachen Rechte Privater, wie an Sachen von Privaten Rechte der Geſammtheit, welche ihrer Natur und Erſcheinung nach durchaus den Servituten gleichen, von der römiſchen Jurisprudenz dieſen aber um deswillen nicht beigezählt wurden, weil die Servitutenklage ſich bei ihnen als unanwendbar erwies.

---

n) *Hyginus* de limitibus, Schriften der röm. Feldmeſſer S. 111.

o) Lex *Mamilia* etc. K. LIV. Daſelbſt S. 263. Vgl. Rudorff, gromatiſche Inſtitutionen § 40. Daſelbſt Bd. II. S. 349.

§. 32.

Das Precarium an einzelnen Eigenſchaften der Sache.

Den Servituten ſtellt ſich in der äußern Erſcheinung das Verhältniß ganz gleich, welches entſteht, wenn der Eigenthümer die Benutzung einzelner Eigenſchaften ſeiner Sache, wie ſie den Gegenſtand von Servituten zu bilden pflegen, einem Dritten auf ſein Anſuchen, precario, geſtattet. Aber nur die äußere Erſcheinung, das Handeln auf fremdem Grund und Boden oder mit der fremden Sache iſt in beiden Verhältniſſen daſſelbe, ſonſt unterſcheidet ſich ein ſolches Precarium eben ſo ſehr von der Servitut, wie das auf die Ueberlaſſung ſämmtlicher Eigenthumsbefugniſſe, oder mit andern Worten, auf Ueberlaſſung der ganzen Sache gerichtete Precarium ſich vom Eigenthum unterſcheidet; in beiden Fällen fehlt das weſentlichſte Erforderniß, das dingliche Recht. Es iſt daher auch ungenau, daß man, während man nie von der precären Ueberlaſſung des Eigenthums, ſondern immer nur von der des Beſitzes oder der Sache ſelbſt redet, doch von der precario conſtituirten Servitut oder dem Precarium an einem Rechte ſpricht[a]). Allein der Grund davon liegt darin, daß man zur Bezeichnung des Umfanges jenes, auf alle im Eigenthum enthaltenen Befugniſſe gerichteten Precariums nur die ganze Sache als die Trägerin aller dieſer Befugniſſe zu nennen braucht und daher von einem Precarium an dem Hauſe ſprechen kann, daß man aber da, wo nur eine einzelne Befugniß den Inhalt des Precariums bildet, dieſen nicht leichter und kürzer beſtimmen kann, als wenn man ſich auf die bekanntere und mehr übliche Servitut bezieht, welche dieſelbe Eigenſchaft zum Gegenſtand hat, und anſtatt zu ſagen: das Precarium an der Eigenſchaft, welche durch

---

a) Und auch die römiſchen Juriſten thuen das, wie Pomponius, wenn er in l. 15 § 2 de precario 43, 26 ſagt:

> Precario habere etiam ea, quae in iure consistunt, possumus, ut immissa vel protecta.

oder Ulpian in l. 2 § 3 daſelbſt:

> Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

eine Waſſerleitungsſervitut verliehen ſein würde, ſchlechtweg von einem Precarium an einer Waſſerleitungsſervitut redet.

Der äußern gleichen Erſcheinung wegen theilt jedoch das Precarium an einer einzelnen Befugniß mit den Servituten alle die Folgen, welche ſchon an die äußere Erſcheinung derſelben geknüpft ſind, oder mit andern Worten, wer in Folge eines ſolchen Precarium beſtimmte Eigenthumsbefugniſſe ausübt, wird in derſelben Weiſe gegen Störungen in der Ausübung Seitens derer, von denen das Precarium nicht ertheilt iſt, geſchützt, als ob er kraft einer Servitut handle, und demgemäß kann man ſagen, der Precariſt befinde ſich im Quaſibeſitz einer Servitut. Deßhalb ſtehen ihm da, wo dieſer durch Interdicte geſchützt iſt, ſolche unter denſelben Bedingungen zu; wo ſie aber fehlen, wie das nach der herrſchenden Anſicht für das römiſche Recht hinſichtlich der meiſten Realſervituten der Fall ſein ſoll, hat er auf eigenen Namen keinerlei Schutz zu erwarten, ſondern nur der, von dem ſein Precarium ſtammte, kann wegen Beſitzſtörung in der Perſon ſeines Stellvertreters Klage erheben.

Das Precarium berührt auch noch in einer andern Weiſe das Servitutenrecht, indem nicht nur Seitens des Eigenthümers eine prekäre Ueberlaſſung einer Eigenſchaft der Sache geſchehen kann, ſondern auch Seitens des Servitutberechtigten, aber natürlich nur da, wo eine Ueberlaſſung der Servitut an andere überhaupt möglich iſt. Demnach kann der Realſervitutberechtigte oder der Innehaber eines Uſus ein ſolches Precarium nur dem Eigenthümer der belaſteten Sache geſtatten, da er ja nur dieſem die durch die Servitut erworbene Eigenſchaft möglicher Weiſe übertragen kann, und dann übt der Eigenthümer einſtweilen ſein volles Eigenthum aus, bis auf die Rückforderung des Berechtigten, der nöthigen Falls ein interdictum de precario zur Seite ſteht, die Servitut in alter Weiſe wieder auflebt. So ſtellt Papinian es in l. 17 comm. praed. 8, 4 dar:

> Ceterum si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur, et interdicto, *quod precario habet*, utiliter cum eo agetur. Quod si donationis causa permiseris, et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur.

Daß der Usufructuar in derselben Weise dem Eigenthümer der dienenden Sache den Ususfruct überlassen kann, ist unzweifelhaft, und es ist schon deßhalb unrichtig, wenn Puchta (Pandecten § 139 Anm. b) sagt, vom interdictum de precario könne zum Schutz des Quasibesitzes eines Ususfructs nie die Rede sein, da der Usufructuar deßhalb nicht den juristischen Besitz übertragen könne, wie solcher für den Precaristen bei Anwendung dieses Interdicts vorausgesetzt werde, weil er ja nicht das Recht selbst übertragen könne. Wie aber unserer Ansicht nach das römische Recht in seiner späteren Entwickelung zu einer Uebertragbarkeit des Ususfructes auf dritte auch dem dinglichen Rechte nach gelangte, haben wir oben (§ 27) ausgeführt, und demnach müssen wir nicht bloß ein Precarium an dem persönlichen Rechte auf Gestattung der Ausübung, wie das schon das frühere römische Recht kannte[b]), sondern auch an dem dinglichen Rechte selbst zulassen. Das hat aber in so fern praktische Folgen, als nunmehr dem Precaristen, wenn ihm in dieser Weise das dingliche Recht übertragen ist, zum Schutze des Quasibesitzes alle possessorischen Rechtsmittel zustehen, als ob er einen für seine Person errichteten Ususfruct besitze, während er in jenem ersten Falle nur gleichsam eine Detention des Ususfructs in fremdem Namen hat, und daher aus eigenem Namen keine Besitzklagen anstellen kann. Dann stehen diese eben dem eigentlichen Usufructuar zu, dem dagegen das interdictum de precario fehlt, wie Puchta a. a. O. mit Recht ausführt, da die Grundlage desselben Besitz beim Precaristen und Fehlen eines juristischen Bandes zwischen diesem und dem Concedenten ist[c]), hier aber das Precarium nur an einem persönlichen Rechte gegen denselben Concedenten besteht.

§. 33.

Verhältniß der Servituten zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums an einem Grundstück zu Gunsten eines benachbarten Grundstücks, (den sogen. gesetzlichen Servituten).

Mit dem Eigenthum einer Sache verbindet das Recht häufig aus Gründen der Politik bestimmte Lasten, die dem Innehaber die Verpflichtung auferlegen, entweder

b) L. 12 § 2 de usufr. 7, 1.

c) L. 14, l. 2 § 3, l. 15 de precario 43, 26.

1) dem Staate oder Privaten gewiſſe Leiſtungen zu machen, wie z. B. Abgaben zu zahlen, Waſſergräben rein zu halten[a]), unter gewiſſen Bedingungen Land zu einem öffentlichen Wege herzugeben[b]), unter andern Bedingungen Privaten eine Wegegerechtigkeit zu beſtellen[c]), — oder

2) ſeitens dritter die Vornahme gewiſſer auf ſeine Sache einwirkender Handlungen zu dulden, wie daß der Nachbar in beſtimmten Zeitabſchnitten die übergefallenen Früchte abhole[d]), daß dieſer nach vergeblich geſchehener Mahnung die beſchattenden Baumzweige ſelbſt abhaue und das Holz für ſich behalte[e]), daß dieſer Hinderniſſe, die auf dem fremden Grundſtück durch Zufall entſtanden ſind, und den herkömmlichen Waſſerlauf unterbrechen, beſeitigen dürfe[f]), daß dieſem auch ſolche Handlungen auf ſeinem Grundſtück vorzunehmen geſtattet ſei, wodurch Rauch, Staub u. ſ. w. auf das benachbarte Grundſtück dringen, wenn ſolche nur in den Schranken bleiben, ohne die eine ſachgemäße Eigenthumsausübung nicht möglich iſt[g]), — oder

3) ſich ſelbſt gewiſſer Handlungen, die phyſiſchen Geſetzen nach an ſeiner Sache möglich ſind, zu enthalten, wie daß er nicht ſolche Baulichkeiten errichte, welche den Luftzug der Tenne des Nachbars verhindern[h]), daß er keine Vorrichtungen mache, welche den natürlichen Lauf des Regenwaſſers hindern[i]) u. ſ. w.

Es verſteht ſich, daß nur die beiden letztern Klaſſen eigentliche Beſchränkungen des Eigenthums ſind, indem die erſtere, welche die Verpflichtung zu poſitiven Handlungen auflegt, keine der aus dem Eigenthum fließenden Befugniſſe mindert oder aufhebt, ſondern um des Eigenthums willen die Perſönlichkeit des Eigenthümers verpflichtet, ſo wie daß deßhalb nur bei den beiden letztern Klaſſen der Anſpruch auf dieſe Eigenthumsbeſchränkung denſelben Charakter,

a) L. 2 § 4 de aqua et aq. pl. arcendae 39, 3.
b) L. 14 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.
c) L. 12 pr. de relig. 11, 7.
d) L. un. de glande legenda, 43, 28.
e) L. 1 de arbor. caedend. 43, 27.
f) L. 2 § 5 et 6 de aq. pluv. arc. 39, 3.
g) L. 8 § 5—7 si serv. vind. 8, 5.
h) L. 14 § 1 C. de serv. 3, 34.
i) Tit. D. de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

wie die Servitut haben kann, und eben auch nur, soweit sie nicht im öffentlichen Interesse, sondern lediglich zu Gunsten des benachbarten Grundstücks aufgestellt ist, so daß sie durch Dispositionen der Betheiligten aufgehoben werden kann. In dieser Weise sind die oben unter 2 und 3 aufgeführten Beispiele.

Es läßt sich nicht leugnen, daß diese von älteren Juristen sehr häufig als Legalservituten bezeichneten Eigenthumsbeschränkungen ebenso wie die Servituten einen Nichteigenthümer ermächtigen, die Eigenschaften fremder Sachen durch eigene positive Handlungen oder durch Verhinderung fremder Handlungen zu benutzen, daß sie ferner, wie die Realservituten, ein Recht verleihen, welches mit dem Eigenthum eines andern und zwar des Nachbargrundstücks untrennbar verbunden ist, und daß man daher, da die Entstehung durch gesetzliche Vorschrift so wenig mit dem Charakter einer Realservitut unverträglich sein sollte, wie mit dem eines Ususfructs, der doch nach der Meinung Aller, ohne seine Natur zu verändern, ein gesetzlicher sein kann, diese Eigenthumsbeschränkungen der völlig gleichen Structur wegen dem Gebiete der Realservituten zuweisen könnte. Wenn dies dennoch nicht von den römischen Juristen geschieht[k]), und sich auch nach der Anlage des römischen Systems nicht empfiehlt, so müssen wir an das in § 31 Ausgeführte erinnern, wonach die aus einem Rechtsverhältnisse fließende Klage der einzige Faktor ist, welcher nach römischer Anschauung den Charakter eines Rechts bestimmt. Diese ist aber in den einzelnen der oben angeführten Fälle eine ganz verschiedene.

So war zur Einhaltung der mehreren dem Eigenthümer hinsichtlich des Ablaufs von Regenwasser auferlegten Verpflichtungen schon durch die 12 Tafeln eine Klage gegeben, die gleichmäßig in den drei verschiedenen oben erwähnten Fällen anwendbar war[l]).

---

k) Der Ausspruch Ulpians in l. 1 § 23 de aq. pluv. arc.:

si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam, et semper inferiorem superiori servire

steht durchaus allein, und braucht **servire** auch nicht in dem technischen Sinne für **servitutem debere**. Denn sonst würde zum Schutz dieser von der Natur auferlegten Servitut nicht eine persönliche Klage gegeben werden.

l) Da diese Regelung des Wasserlaufs nur zu Gunsten des Ackerbaus ge-

Daher konnte ihre Intention denn auch nicht die einer dinglichen Klage sein, da sie ja nicht bloß das Recht schützte, vermöge dessen der Nachbar keine Aenderungen vornehmen durfte, oder vermöge dessen er die Reparatur des Klägers dulden mußte, sondern auch den persönlichen Anspruch an den Nachbar, die Abzugsgräben rein zu halten. Und da auf solche Weise eine persönliche Klage, wenn auch eine actio in rem scripta, die Eigenthumsbeschränkungen schützte, welche den Wasserlauf betrafen, so galt das dadurch erworbene Recht überhaupt als ein persönliches, und ist ihm denn auch demgemäß in dem Pandectensystem seine Stellung angewiesen. Aehnlich verhielt es sich mit der Befugniß, auf des Nachbars Grundstück den Ueberfall zu sammeln, oder die von dort überhängenden Zweige zu kappen. Um ein schnell wirksames Rechtsmittel zu schaffen, gab der Prätor eigene Interdicte *de glande legenda*, und *de arboribus caedendis*, welche jede andere Klage überflüssig machten, so daß auch hier der Charakter eines dinglichen Rechts nicht zur Ausbildung kam.

Andere gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums zu Gunsten des Nachbargrundstücks faßten die Römer aber nicht sowohl als eine Loßtrennung einer natürlichen Eigenschaft von ihrer Sache und als eine Uebertragung auf die benachbarte auf, wie das bei den Servituten der Fall ist, sondern sie verfuhren so, als ob durch die Natur zwar die physischen Grenzen der Grundstücke, aber nicht die jedem Eigenthümer zustehenden Befugnisse genau und scharf geschieden sein, und als ob daher diese Vorschriften nur eine Fixirung der jedem Theile von Natur zukommenden bezweckten. Daß jemand Feuer auf seinem Grundstück machen dürfe, galt als ein wesentliches Erforderniß einer gehörigen Benutzung, und da damit fast immer das Recht des Nachbars auf den über seinem Grundstück belegenen Luftraum verletzt, und dieser durch den entstandenen Rauch beschädigt werden konnte, so collidirten zwei Rechte mit einander. Diese Collision suchte das Recht auszugleichen, indem es ein mäßiges Feuer gestat-

---

schehen war, so war die actio aquae pluviae arcendae auch nur da zulässig, wo ein fundus beeinträchtigt wurde, und demgemäß waren zum Schutz eines aedificium die confessorische oder negatorische Klage anzustellen, und damit fielen, sobald es sich um solches handelte, jene eigenthümlichen Vorschriften weg. L. 1 § 17, 19 et 20 de aq. pluv. arc. 39, 3.

tete, ein ſolches aber, wie es zum gewöhnlichen Wirthſchaftsgebrauch nicht gehörte, verbot, und daß es damit nur den Umfang des Eigenthums abgränzen wollte, erkennen wir aus der Darſtellung Ulpians in L. 8 § 6 si serv. vind. 8, 5:

> Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo Lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere; et ait, magis non posse agi, sicut agi non potest, ius esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare.

Darnach war alſo die Frage entſtanden, ob man das Klag-Petitum dahin ſtellen könne, daß einem das Recht zugeſprochen werde, auf ſeinem Grundſtück nach Belieben einen mäßigen Rauch zu machen und damit natürlich auch das, denſelben in die fremde Luftſäule zu immittiren. Eine ſolche Klage mußte möglich ſein, wenn das fragliche Recht als ein dingliches Recht an der fremden Sache aufgefaßt wäre; Pomponius erklärt ſie aber für unzuläſſig und ſtellt ſie ganz mit der gleich, wo ein Eigenthümer Anerkennung des Rechts verlangte, daß er auf ſeinem Grundſtück ſitzen, oder ſich waſchen dürfe; denn von ſolchen Klagen, die nicht das ganze Eigenthum, ſondern nur einzelne aus demſelben fließende Befugniſſe betrafen, kannte das römiſche Recht nur die Negatorienklage, und deßhalb mußte in jenen Fällen die Intention lauten, es ſtehe dem Verklagten nicht zu, dem klagenden Eigenthümer das Sitzen u. ſ. w. zu unterſagen, oder in unſem Falle, es ſtehe jenem nicht zu, den Kläger daran zu verhindern, daß er einen mäßigen Rauch mache. Demnach alſo wurde das Recht auf einen ſolchen Uebergriff in die Rechtsphäre des Nachbars als ein reiner Ausfluß des eigenen Eigenthums angeſehen und, da alſo die Eigenthums- nicht die Servitutenklage denſelben ſchützte, auch der dafür immerhin mögliche Geſichtspunkt einer Servitut nicht ausgebildet.

Für andere Beſchränkungen des Grundeigenthums zu Gunſten des Nachbargrundſtücks fehlen uns ausdrückliche Angaben über die Klagen, durch welche ſie realiſirt werden, und ſo wiſſen wir nicht, ob mit einer confeſſoriſchen, oder negatoriſchen Klage das Recht durchgefochten wurde, wonach bei Wiederherſtellung von Gebäuden jede Veränderung der alten Form und Einrichtung verhindert werden

Eigenthumsbefugniß" ermächtigt, ja er hat auch wie dieſer ein „Gebrauchsrecht an der Sache", indem er ſie zur Befriedigung ſeiner Forderung in einer beſtimmten Weiſe gebrauchen kann, aber dieſe Weiſe iſt ſo, daß das Recht nur einmal geübt werden kann und durch dieſe einmalige Uebung nicht nur ſich, ſondern auch das Recht des dermaligen Eigenthümers vernichtet, während die Servitut eine dauernde immer gleiche Benutzung möglich macht, ja ſie ſogar niemals ſo conſtruirt werden kann, daß ſie durch eine einmalige Ausübung nothwendig untergehen muß[b]). Alſo darin, daß die Servitut immer nur über eine einzelne Eigenſchaft der Sache die Herrſchaft, aber dann auch die definitive Herrſchaft ertheilt, dagegen die übrigen Eigenſchaften unberührt läßt, unterſcheidet ſie ſich von einem an dieſer Sache haftenden Pfandrecht.

Weniger auffallend tritt der Unterſchied zwiſchen den Servituten und einem andern dinglichen Rechte, dem durch die Emphyteuſis verliehenen, zu Tage, und hat man deßhalb auch ſchon oft geleugnet, daß irgend welcher im Weſen der beiden Begriffe begründeter Unterſchied vorhanden ſei, und die ſyſtematiſche Trennung von Emphyteuſe und Servituten lediglich aus hiſtoriſchen Gründen erklären wollen. Allein gleichwohl glaube ich, daß eine durchgreifende Verſchiedenheit nicht nur hinſichtlich des Umfangs, den möglicher Weiſe dieſe Rechte haben können, ſondern hinſichtlich ihrer ganzen Conſtruction nachgewieſen werden kann, und zwar ergiebt ſich dieſes meines Erachtens dadurch, daß die Emphyteuſis ebenfalls nicht eine einzelne Eigenſchaft ergreift, wie die Servituten, ſondern die ganze körperliche Sache zu ihrem Objecte hat. Die Lehre von der rechtlichen Natur der Emphyteuſe hat in neuerer Zeit, ſeitdem von Savignys Lehre vom Beſitz ſie zuerſt wieder angeregt hat, ſo mannigfache und gründliche Erörterungen erfahren, daß eine erſchöpfende Behandlung der hier einſchlagenden Streitfragen faſt einer eigenen Monographie bedürfte und auf jeden Fall den uns hier zugemeſſenen Raum, wo ſie doch immer nur als eine Nebenfrage erſcheint, bei Weitem überſchreiten würde. Man entſchuldige es daher, wenn wir unſere Anſicht,

b) Vgl. für die Realſervituten den von dem Erforderniß der perpetua causa handelnden § 17 und für die Perſonalſervituten das in § 22 am Ende Geſagte.

die aus unſerer ſeither dargelegten Auffaſſung der Servituten mit Nothwendigkeit hervorgeht, nur kurz und ohne ausdrückliche Erwähnung aller hierüber aufgeſtellten Behauptungen anzudeuten verſuchen und auch nur ſoweit, als ſie zur Erklärung der Servitutenlehre dienen kann, indem wir hoffen, einſt anderswo Gelegenheit zur Ergänzung und weitern Ausführung zu finden. Da der Uſusfruct von allen Servitutenbildungen des römiſchen Rechts den größten Umfang an Befugniſſen verleiht, und deßhalb bei ihm zuerſt von einer Aehnlichkeit mit der Emphyteuſe die Rede ſein kann, ſo werden wir ihn im Nachfolgenden vorzugsweiſe benutzen, um ihn der Emphyteuſe entgegenzuſetzen und daran die Differenzpunkte nachzuweiſen.

Ich habe geſagt, die Emphyteuſis habe die ganze körperliche Sache zu ihrem Gegenſtande. Hierauf weißt ſchon die Geſchichte dieſes Inſtituts hin. Denn indem es aus dem Pachtvertrage hervorgegangen iſt, durch welchen der Eigenthümer die zeitweilige Benutzung der Sache und alſo die Ausübung ſeines Eigenthums zu geſtatten verſpricht, gewährt ſie einen dinglichen Anſpruch auf alles das, worauf man bei dem einfachen Miethgeſchäft nur ein Forderungsrecht an den Verpächter hat, ſo daß alſo der Emphyteuta ein dingliches Recht auf die Ausübung des Eigenthums hat. Ein dingliches Recht auf die Ausübung eines andern dinglichen Rechts iſt aber, wie wir ſchon mehrmals zu bemerken Gelegenheit hatten [vgl. §. 5 S. 51; § 27 S. 226], ſo lange es beſteht, durchaus dem auszuübenden dinglichen Rechte ſelbſt gleich, und ſo ſind Emphyteuſis und Eigenthum von derſelben innern Structur. Wenn es aber dennoch nicht als dominium ſondern als ius in re aliena in den Quellen behandelt wird, und ſo im Syſtem der römiſchen Jurisprudenz den Servituten gleichgeſtellt iſt, ſo iſt das ſeiner äußern Erſcheinung wegen geſchehen, die manches Analoge in der Servitutenlehre findet. So kann der Emphyteuſis ganz abweichend vom Eigenthum von vorne herein ein Endtermin beigefügt werden, ja ſie kann ſogar, wie der Uſusfruct, an die Lebensdauer des erſten Erwerbers geknüpft ſein[e]); ſo behält neben der Emphyteuſis immer das Eigenthum an derſelben Sache eine durchaus ſelbſtändige Stellung, und wenn jene erlöſcht, vereinigen ſich die in ihr enthalten geweſenen Befugniſſe ſtets wieder ebenſo mit dem Eigen-

e) L. 3 C. de iure emphyt. 4, 66; nov. 7. c. 3.

Eigenthumsbefugniß" ermächtigt, ja er hat auch wie dieſer ein „Gebrauchsrecht an der Sache", indem er ſie zur Befriedigung ſeiner Forderung in einer beſtimmten Weiſe gebrauchen kann, aber dieſe Weiſe iſt ſo, daß das Recht nur einmal geübt werden kann und durch dieſe einmalige Uebung nicht nur ſich, ſondern auch das Recht des dermaligen Eigenthümers vernichtet, während die Servitut eine dauernde immer gleiche Benutzung möglich macht, ja ſie ſogar niemals ſo conſtruirt werden kann, daß ſie durch eine einmalige Ausübung nothwendig untergehen muß[b]). Alſo darin, daß die Servitut immer nur über eine einzelne Eigenſchaft der Sache die Herrſchaft, aber dann auch die definitive Herrſchaft ertheilt, dagegen die übrigen Eigenſchaften unberührt läßt, unterſcheidet ſie ſich von einem an dieſer Sache haftenden Pfandrecht.

Weniger auffallend tritt der Unterſchied zwiſchen den Servituten und einem andern dinglichen Rechte, dem durch die Emphyteuſis verliehenen, zu Tage, und hat man deßhalb auch ſchon oft geleugnet, daß irgend welcher im Weſen der beiden Begriffe begründeter Unterſchied vorhanden ſei, und die ſyſtematiſche Trennung von Emphyteuſe und Servituten lediglich aus hiſtoriſchen Gründen erklären wollen. Allein gleichwohl glaube ich, daß eine durchgreifende Verſchiedenheit nicht nur hinſichtlich des Umfangs, den möglicher Weiſe dieſe Rechte haben können, ſondern hinſichtlich ihrer ganzen Conſtruction nachgewieſen werden kann, und zwar ergiebt ſich dieſes meines Erachtens dadurch, daß die Emphyteuſis ebenfalls nicht eine einzelne Eigenſchaft ergreift, wie die Servituten, ſondern die ganze körperliche Sache zu ihrem Objecte hat. Die Lehre von der rechtlichen Natur der Emphyteuſe hat in neuerer Zeit, ſeitdem von Savignys Lehre vom Beſitz ſie zuerſt wieder angeregt hat, ſo mannigfache und gründliche Erörterungen erfahren, daß eine erſchöpfende Behandlung der hier einſchlagenden Streitfragen faſt einer eigenen Monographie bedürfte und auf jeden Fall den uns hier zugemeſſenen Raum, wo ſie doch immer nur als eine Nebenfrage erſcheint, bei Weitem überſchreiten würde. Man entſchuldige es daher, wenn wir unſere Anſicht,

b) Vgl. für die Realſervituten den von dem Erforderniß der perpetua causa handelnden § 17 und für die Perſonalſervituten das in § 22 am Ende Geſagte.

die aus unſerer ſeither dargelegten Auffaſſung der Servituten mit Nothwendigkeit hervorgeht, nur kurz und ohne ausdrückliche Erwähnung aller hierüber aufgeſtellten Behauptungen anzudeuten verſuchen und auch nur ſoweit, als ſie zur Erklärung der Servitutenlehre dienen kann, indem wir hoffen, einſt anderswo Gelegenheit zur Ergänzung und weitern Ausführung zu finden. Da der Uſusfruct von allen Servitutenbildungen des römiſchen Rechts den größten Umfang an Befugniſſen verleiht, und deßhalb bei ihm zuerſt von einer Aehnlichkeit mit der Emphyteuſe die Rede ſein kann, ſo werden wir ihn im Nachfolgenden vorzugsweiſe benutzen, um ihn der Emphyteuſe entgegenzuſetzen und daran die Differenzpunkte nachzuweiſen.

Ich habe geſagt, die Emphyteuſis habe die ganze körperliche Sache zu ihrem Gegenſtande. Hierauf weißt ſchon die Geſchichte dieſes Inſtituts hin. Denn indem es aus dem Pachtvertrage hervorgegangen iſt, durch welchen der Eigenthümer die zeitweilige Benutzung der Sache und alſo die Ausübung ſeines Eigenthums zu geſtatten verſpricht, gewährt ſie einen dinglichen Anſpruch auf alles das, worauf man bei dem einfachen Miethgeſchäft nur ein Forderungsrecht an den Verpächter hat, ſo daß alſo der Emphyteuta ein dingliches Recht auf die Ausübung des Eigenthums hat. Ein dingliches Recht auf die Ausübung eines andern dinglichen Rechts iſt aber, wie wir ſchon mehrmals zu bemerken Gelegenheit hatten [vgl. §. 5 S. 51; § 27 S. 226], ſo lange es beſteht, durchaus dem auszuübenden dinglichen Rechte ſelbſt gleich, und ſo ſind Emphyteuſis und Eigenthum von derſelben innern Structur. Wenn es aber dennoch nicht als dominium ſondern als ius in re aliena in den Quellen behandelt wird, und ſo im Syſtem der römiſchen Jurisprudenz den Servituten gleichgeſtellt iſt, ſo iſt das ſeiner äußern Erſcheinung wegen geſchehen, die manches Analoge in der Servitutenlehre findet. So kann der Emphyteuſis ganz abweichend vom Eigenthum von vorne herein ein Endtermin beigefügt werden, ja ſie kann ſogar, wie der Uſusfruct, an die Lebensdauer des erſten Erwerbers geknüpft ſein[c]); ſo behält neben der Emphyteuſis immer das Eigenthum an derſelben Sache eine durchaus ſelbſtändige Stellung, und wenn jene erlöſcht, vereinigen ſich die in ihr enthalten geweſenen Befugniſſe ſtets wieder ebenſo mit dem Eigen-

c) L. 3 C. de iure emphyt. 4, 66; nov. 7. c. 3.

thum, als ob ſie Gegenſtand einer Servitut geweſen ſein — alles aber Momente, die das emphyteutiſche Recht nicht etwa aus der Servitutenlehre herübergenommen hat, ſondern zu denen es ganz ſelbſtändig in Folge ſeiner Entwicklung aus dem Pachtvertrage gelangt iſt.

Auch iſt dieſe Stellung zum Eigenthum nur äußerlich eine gleiche, und gerade ſie zeigt vielmehr die Richtigkeit der oben aufgeſtellten Behauptung. Bei der Beſtellung eines Uſusfructs will der Eigenthümer nicht die ganze körperliche Sache dem Uſufructuar veräußern, ſondern nur die Eigenſchaft derſelben, vermöge deren ſie dieſem Fruchtgenuß zu gewähren vermag, und darum bleibt ſeine Herrſchaft über den Körper der Sache unverändert, nur daß er ſie nicht weiter ausüben darf, als dies ohne Beſchädigung der neugebildeten unkörperlichen Sache geſchehen kann. Was die köperliche Sache daher producirt, wird ſein eigen, nur daß er dulden muß, daß der Servitutberechtigte es als Product ſeiner unkörperlichen Sache in Anſpruch nimmt, oder mit andern Worten, letzterer erwirbt die Früchte nur durch Perception, während die durch Unberechtigte oder zufällig ſeparirten Früchte zunächſt nach wie vor vom Eigenthümer, kraft ſeines Eigenthums über den Körper der Sache, erworben werden[d]). Dagegen erwirbt der Emphyteuta alle Früchte unmittelbar durch Separation[e]), und alſo hat der Eigenthümer darauf, ſo lange die

---

d) Vgl. § 5 S. 44 und die dort aufgeführten Beweisſtellen. Hieran vermag auch der Wille der Conſtituenten nichts zu ändern, indem die Verabredung, daß die Früchte ſchon immer mit dem Moment der Separation dem Uſufructuar gehören ſollen, ſich als ein Vertrag über das Eigenthum an körperlichen Sachen herausſtellen würde, der bekanntlich nur dann das dingliche Recht zu übertragen vermag, wenn Tradition, und wenn auch nur eine traditio brevi manu hinzukommt, d. h. aber, es iſt auch dann noch Perception Seitens des Uſufructuars nöthig, und daher ſolcher Vertrag nach dieſer Seite hin durchaus unwirkſam.

e) L. 25 § 1 de usuris 22, 1. *Julianus* — Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea, quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, *sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simulatque a solo separati sunt.*

Emphyteuſis beſteht, auch wenn der Emphyteuta ſie gar nicht benutzt, eben ſo wenig einen Anſpruch, als ob ſie von einer ihm ganz fremden Sache producirt ſein. Und was in den Quellen von den Früchten geſagt wird, das wird man analog auch auf einen andern Ausfluß des Eigenthums, auf das Recht, die Sache zu gebrauchen, anwenden müſſen, welches ebenfalls dem Emphyteuten ganz und gar erworben, und dem Eigenthümer ganz und gar, und nicht etwa nur ſoweit, als der Emphyteuta es ausübt, entzogen ſein möchte. Wenn deßhalb der Eigenthümer gegen einen dritten Beſitzer auf Grund ſeines Eigenthums wegen Uebertragung des Beſitzes der Sache Klage erheben wollte, ſo wird er, wie wenn er Früchte, die aus jener Sache etwa von einem böſsgläubigen Beſitzer gezogen waren, vindiciren wollte, mit der Exception zurückgewieſen werden können, daß eine Emphyteuſis an der Sache beſtehe. Es ſind ihm alſo die wichtigſten Attribute, welche aus dem Eigenthum fließen, ſo ganz und gar entzogen, daß der Körper der Sache für ihn während der Dauer der Emphyteuſis ein fremder wird, und deßhalb kann auch der Emphyteuta dieſen nicht für ihn als ſein Stellvertreter beſitzen, ſondern er beſitzt ihn in Gemäßheit ſeiner Herrſchaft, die er ſelbſt an dem Körper zu üben hat, er iſt nicht bloßer Detentor, ſondern civiler Beſitzer f).

Wenn nun dieſer Auffaſſung nach der Eigenthümer die Herrſchaft über die Sache für die Dauer der Emphyteuſe ganz verloren hat, und demnach dem Eigenthume grade das, was ſonſt den Inhalt des Eigenthums ausmacht, ganz entzogen iſt, ſo frägt es ſich, warum denn das römiſche Recht nicht den Emphyteuten als Eigenthümer bezeichnet, ſondern daneben noch ein beſonderes Eigenthum gleichſam fingirt. Dies iſt nur aus der Entwicklungsgeſchichte des ganzen Inſtituts zu erklären. Denn wenn bei der einfachen Miethe der Vermiether den Vertrag ordnungsmäßig erfüllt, ſo hat er aus ſeinem

f) L. 15 § 1 qui satisdare cogantur. 2, 8. Dieſer von den meiſten Schriftſtellern anerkannte Satz iſt zwar in neuerer Zeit von Arndts [in der Gießer Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. 1847. Bd. III. S. 367 - 423] in einer gründlichen und ausführlichen Abhandlung angegriffen worden; dennoch möchte ſeine Ausführung die herrſchende Meinung nicht widerlegt haben, zumal, wie im Text gezeigt iſt, jener Satz durchaus im Einklang ſteht mit den übrigen hinſichtlich der Emphyteuſe geltenden Grundſätzen.

Eigenthum dem äußern Anſchein nach auch nicht den Fruchtbezug und den Gebrauch der vermietheten Sache, aber dennoch bleibt er Eigenthümer, da der Miether nur als ſein Stellvertreter die Eigenthumsbefugniſſe geltend macht. Da durch die Ertheilung eines dinglichen Rechts an den Emphyteuten das Verhältniß zwiſchen Pächter und Verpächter im Ganzen nicht verändert wurde, ſondern dem Pächter nur noch ein zweites dingliches Rechtsmittel zum Schutz ſeines Rechts gegeben wurde, ſo lag es nahe, die alte Terminologie und ſelbſt die alte Anſchauung beizubehalten, wonach der, welcher einſtweilen die Sache gegen einen Zins überlies, der Eigenthümer ſei, und daher der Emphyteuta nur ein Recht an einer fremden Sache habe.

Aus dem Eigenthum an einer emphyteutiſchen Sache fließt nun alſo keine der Befugniſſe, welche ſonſt die wichtigſten Attribute einer Herrſchaft über den Körper der Sache zu ſein pflegen, ſondern ſtatt deſſen — ein Forderungsrecht an eine Perſon, indem ſchon vermöge des Eigenthums gegen den Emphyteuten auf Zahlung des Kanons und entſprechenden Falls des Laudemiums geklagt werden kann, und daher iſt der eigentliche Inhalt eines Geſchäfts, welches anſcheinend die Uebertragung des Eigenthums einer ſolchen Sache bezweckt, neben einer Abtretung der Hoffnung auf den künftigen Heimfall hauptſächlich eine Uebertragung des Forderungsrechtes, wie dieſes demnach auch vindicirt werden kann. Die weiter dem Eigenthümer zuſtehenden Befugniſſe ſind entweder nur zur Sicherung dieſes Forderungsrechts gegeben, oder ſie ſind beſtimmt, für den Fall des künftig ipso iure bei Erlöſchung der Emphyteuſis eintretenden Wiedererwerbs der ganzen Sache, der ſich ebenfalls nur aus der Entwicklung des Inſtituts aus dem Miethvertrage erklären läßt, jeden Nachtheil vom Eigenthümer abzuwenden.

Dieſer ganze Sachverhalt beſtätigt alſo die oben ausgeſprochene Anſicht, daß bei Beſtellung der Emphyteuſis nicht eine einzelne Eigenſchaft der Sache auf den Erwerber dieſes ius in re aliena übergehe, wie bei den Servituten, ſondern daß der ganze Körper der Sache von ihm erworben werde. Dafür ſpricht weiter noch der Umſtand, daß während der Uſufructuar nur befugt iſt, Verletzungen ſeiner unkörperlichen Sache, d. h. Störung in der Ausübung ſeiner Servitut, mit den zum Schutze dieſer gegebenen Klagen

zu ahnden[g]), er aber nicht die zum Schutz der körperlichen Sache gegebenen Klagen auf Grund der Verletzung der letztern geltend machen kann[h]), dagegen der Emphyteuta schon in Folge seiner Emphyteusis allgemein zu derartigen Klagen legitimirt ist, und demnach schon die Verletzung des Körpers der Sache auch immer als eine Verletzung seines emphyteutischen Rechts erscheint. Er kann daher die actio aquae pluviae arcendae anstellen[i]), die dem Usufructuar nach der strengen Ansicht, wie sie Ulpian vertritt, versagt war[k]). Gleiches gilt von der actio arborum furtim caesarum[l]), wie er denn auch alle der emphyteutischen Sache zustehenden Realservituten mit einer utilis servitutis petitio geltend machen kann[m]), während der Usufructuar dies wieder nur in so fern kann, als die Beeinträchtigung dieser Servituten auch seinen Ususfruct mindert, und daher auch nur mit der Klage aus dem Ususfruct. Das möchte aber die praktische Folge haben, daß der Eigenthümer gar nicht durch ein in dieser confessorischen Klage ergangenes Urtheil berührt werden kann, da es sich dabei ja nur um Störungen des Ususfructs handelt, während wenn der Emphyteuta mit der utilis servitutis petitio ein obsiegliches Urtheil erlangt hat, auch der Eigenthümer sich darauf nach stattgefundener Consolidation berufen kann, da er nach der hier ausgeführten Ansicht als ein Successor des Emphyteuten erscheinen muß[n]).

---

g) Besonders hebt das hervor die l. 16 pr. quod vi aut clam 43, 24.

h) Der Grundsatz, daß er zugleich Detentor der körperlichen Sache für den Eigenthümer ist, kann hier mitunter Aenderungen herbeiführen, siehe unten bei näherer Besprechung des Ususfructs.

i) L. 23 § 1 de aqua pluv. 39, 3.

k) L. 3 § 4 daselbst. Pomponius will aber auch für ihn diese Klage anwendbar machen, vgl l. 22 pr. daselbst.

l) L. 5 § 2 und § 3 arbor. furt. caes. 47, 7.

m) L. 16 de serv. 8, 1.

n) In ähnlicher Weise wird entschieden, daß das interdictum de *itinere actuque privato*, in Folge der Ausübung der Wegegerechtigkeit Seitens des Usufructuars dem Herrn nicht zustehen könne, da dieser nicht fundi nomine, sondern suo nomine ausübt, wie es in l. 21 quemadm. serv. 8, 6 heißt. Daß die Ausübung Seitens des Emphyteuten dies bewirken muß, wird nicht ausdrücklich gesagt, geht aber doch daraus hervor, daß Ulpian in l. 3 § 4 de

Endlich wird unſere Auffaſſung von der Natur der Emphyteuſis noch dadurch beſtätigt, daß die dingliche Klage, welche zum Schutz derſelben gegeben war, als agri emphyteuticarii petitio bezeichnet wird[o]), und daß eine Verpfändung der Emphyteuſis nicht wie beim Uſusfruct als die Verpfändung des Rechts, ſondern als die der Sache ſelbſt aufgefaßt wird[p]). Wenn ein praktiſcher Unterſchied in beiden Fällen auch nicht daraus hervorgehen mag, da auch die Verpfändung nur für ſo lange wirkt, als die Emphyteuſis nicht aus einem von vorne herein dem Keime nach vorhandenen Endigungsgrund erloſchen iſt, ſo zeigt ſich doch in dieſer verſchiedenen Auffaſſung der Verpfändung, wie die römiſchen Juriſten die Inſtitute der Emphyteuſis und des Uſusfructs ebenfalls verſchieden auffaſſen mußten.

Obgleich die Emphyteuſis und die Servituten oder inſonderheit der Uſusfruct ihrem juriſtiſtiſchen Charakter nach durchaus verſchiedene Inſtitute und von einer ganz verſchiedenen innern Structur ſind, ſo läßt ſich doch nicht leugnen, daß die äußere Erſcheinung beider häufig ſich ſehr gleich ſein kann, und daß die Conſtituenten die Möglichkeit haben, das eine dem andern bis auf einen ſehr geringen Unterſchied zu nähern. Denn zuerſt iſt die Vererblichkeit der Emphyteuſis, ja ſelbſt die Veräußerlichkeit kein weſentliches Moment derſelben, ſondern ſie wird auch noch als ſolche anzuerkennen ſein, wo ihr dieſe Attribute fehlen[q]). Dadurch aber, daß der Uſusfruct unſern Ausführungen im § 27 gemäß im neuern römiſchen Rechte veräußert werden kann, und daß weiter ſchon von vorne herein eine unendliche Anzahl eventueller Uſusfructe für die Erben und Erbenserben des erſten Uſufructuars beſtellt werden kann, iſt es auch

---

itin. actuq. priv. 43, 19 allgemein ſagt, faſt jeder, der die Servitut durch ſeine Ausübung dem Eigenthümer zu erhalten vermöge, wozu nach l. 5 et 6 quemadm. serv. 8, 6 auch der Emphyteut gehört, erwerbe dem Eigenthümer auch, von jener Ausnahme abgeſehen, das Interdict. Ferner wird unter den Perſonen, die hierzu befugt ſein, mehrfach der colonus genannt [l. 1 § 7, l. 3 § 4 de itin. act.], und mit dem Verhältniß dieſes dem Grundſtück gegenüber iſt doch das des Emphyteuten mehrfach verwandt.

o) Vgl. die Ueberſchrift des Pandektentitels si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur 6, 3; l. 1 § 1 daſelbſt; l. 16 de serv. 8, 1.

p) L. 16 § 2 de pign. act. 13, 7 und dagegen l. 11 § 2 de pign. 20, 1.

q) L. 3 C. de iure emphyteut. 4, 66; nov. 7 c. 3.

möglich geworden, den Ususfruct der veräußerlichen und vererblichen Emphyteusis sehr anzunähern; allein gleichwohl ist hierin eine völlige Gleichheit beider Institute auf diesem Wege nicht zu erreichen. Denn jener Fundamentalsatz von der Unvererblichkeit des Ususfructs hat doch noch immer die wichtige Folge, daß dem jetzigen Innehaber desselben die unmittelbare Dispositition über die noch nicht existirenden Ususfructe seiner Erben entzogen ist. Denn wenn es auch wohl möglich ist, an einem eventuell constituirten Ususfruct das dingliche Recht schon vor seiner Existenz so zu übertragen, daß es sofort nach seiner Entstehung nicht dem zufällt, für welchen es constituirt wurde, sondern dem, an welchen ihn dieser abtrat, da ja die Uebertragung des Rechts lediglich durch einen Vertrag geschehen kann, und daher auch der Uebertragungsakt nur nach den Regeln, die über die Gültigkeit der Verträge gegeben sind, beurtheilt wird[r]); so kann doch nur der solche Uebertragung gültig vornehmen, welcher beim Eintritt der Bedingung, von der die Existenz des Ususfructs noch abhängt, der Innehaber desselben sein wird, nicht aber kann jemand an einem fremden Ususfruct ein dingliches Recht im Voraus verleihen. Ein fremder Ususfruct ist aber für den Erblasser auch der, welcher nur seinem Erben, niemals ihm selbst zustehen kann, und muß dieser daher analog den eigenen Sachen des Erben behandelt werden, über welche der Erblasser wohl in so fern verfügen kann, daß er durch testamentarische Bestimmungen oder durch Verträge den Erben zur Herausgabe der Sache obligirt, an denen er aber nie ein dingliches Recht bestellen kann. Hat demnach jemand ein Veräußerungsgeschäft über die seinem Erben einst zufallende Ususfructbefugniß abgeschlossen, so ist nur der obligatorische Theil desselben bindend, nicht aber vermag er dadurch ein dingliches Recht zu übertragen, wie das bei der Veräußerung einer erblichen Emphyteuse der Fall ist.

Wenn sich also auch ein Unterschied zwischen Ususfruct und Emphyteuse hinsichtlich der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit geltend macht, so ist dagegen kein solcher nothwendig hinsichtlich des Umfangs,

---

r) Dahin führt auch die Analogie des Pfandrechts als eines dinglichen Rechts, das ebenfalls durch bloßen Vertrag erworben wird und auch an noch nicht existirenden Sachen so bestellt werden kann, daß gleich bei Entstehung dieser Sachen das fremde dingliche Recht an ihnen haftet.

in welchem der Berechtigte die Sache benutzen darf, wie man das doch sehr häufig anzunehmen pflegt. Denn wenn der Ususfruct auch in seiner gewöhnlichen Erscheinung nur eine beschränktere Befugniß gewährt, so ist er doch, wie wir im § 20 und 21 ausgeführt zu haben glauben, einer Erweiterung fähig, und seine Grenze kann daher auch möglicher Weise dieselbe sein, die der Emphyteusis gesetzt ist, so daß er die Befugniß ertheilt, jede Disposition über die Sache zu treffen, wenn dadurch nur nicht schließlich der Werth der Sache verschlechtert wird[s]). Ferner können alle die eigenthümlichen Erlöschungsarten der Emphyteuse auch in die lex servitutis bei Errichtung eines Ususfructs aufgenommen werden, indem von dem Constituenten festgesetzt sein kann, daß Nichtbeachtung der Vorschriften über den Verkauf[t]), Deteriorationen der belasteten Sache[u]), Nichtzahlung der in Folge einer Obligation geschuldeten Remuneration während zweier beziehungsweise dreier Jahre, oder der öffentlichen Abgaben während der letztern Zeit[v]) als Resolutivbedingungen wirken sollen, welche den ganzen Ususfruct aufheben[w]). Selbst die immer mit der Emphyteusis verbundene Verpflichtung zur Zahlung des Kanons, die so wesentlich charakteristisch für dieses Institut ist, daß sie niemals fehlen darf[x]), kann wenigstens annäherungsweise beim Ususfruct dadurch herbeigeführt werden, daß mit der Servitutbestellung zugleich für den Usufructuar und dessen Erben eine Obligation zur Zahlung einer Summe an bestimmten Terminen begründet, oder die Ausübung des Ususfructs davon als von einer Bedingung abhängig gemacht ist[y]).

Diese mannigfache Aehnlichkeit zwischen Ususfruct und Emphyteusis ist aber, wie gesagt, nur eine äußerliche, und ihrem eigentlichen Wesen nach sind sie ebenso von einander verschieden, wie sie aus einer ganz verschiedenen historischen Entwicklung hervorgegangen sind.

Schließlich bleibt uns noch übrig, den Unterschied zwischen den Servituten und der Superficies aufzusuchen. Bei dem ähn-

s) Nov. 7 c. 3 § 2; nov. 120 c. 6.
t) L. 3 C. de iure emphyt. 4, 66.
u) Nov. 120 c. 6.
v) L. 2 C. de iure emphyt.; nov. 7 c. 3 § 2; nov. 120 c. 8.
w) Vgl. § 22 über die Zulässigkeit der Bedingungen bei Personalservituten.
x) Vgl. Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. III. S. 884.
y) Vgl. hierüber näher die Ausführungen am Schluß des § 22 S. 195—198.

lichen Entwicklungsgange, den dieſes Inſtitut mit der Emphyteuſis nahm, indem es ebenfalls aus dem Miethverhältniß hervorging, und bei dem Zuſammenhang, in welchem auch die Geſchichte beider Inſtitute ſtehen mag, liegt die Vermuthung nahe, daß die rechtliche Natur derſelben völlig gleich ſei, und daher auch dieſelben Unterſcheidungsmerkmale den Servituten gegenüber vorhanden ſeien. Allein dem ſcheint die berühmte Stelle des Ulpian in l. 3 § 7 uti possid. 43, 17 durchaus zu widerſprechen:

> Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur; dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis; sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis; et ita Pomponius quoque probat.

Darnach iſt alſo dem Eigenthümer für die Dauer der Sache der Körper derſelben durchaus nicht fremd geworden, ſondern er behält ſogar in der Weiſe den Beſitz daran, daß er jedem Dritten gegenüber das Interdict Uti possidetis mit Erfolg anſtellen kann, und alſo die Sache, ähnlich als ob ein Uſusfruct daran beſtellt ſei, nur ſoweit nicht benutzen darf, als der Superficiar ſie benutzt, nicht aber überhaupt jedes Nutzungsrecht verliert, wie bei der Emphyteuſis. Gleichwohl kann man aber nicht annehmen, daß die Superficies nur eine einzelne Eigenſchaft der Sache zum Object habe, vielmehr umfaßt ſie einen körperlichen Gegenſtand, indem die römiſchen Juriſten die dem Superficiar vom Prätor gegebene Klage als eine in rem actio bezeichnen, und die Compilatoren dieſelbe noch näher durch Aufnahme der betreffenden Stellen in den Titel de rei vindicatione als eine utilis corporis vindicatio charakteriſiren[z]), ferner ihm auch das Recht zur Geltendmachung der Servituten des ſuperficiariſchen Grundſtücks mit der Servitutenklage wie dem Emphyteuten zugeſtanden wird[aa]). Darauf, daß die Superficies der Emphyteuſe nachgebildet werden ſollte, weiſt auch der Umſtand, daß ſie mit dieſer dieſelbe Errichtungsweiſe durch einfachen Vertrag theilt, und in noch höherem Grade veräußerlich iſt, indem die Dispoſitionsbefugniß durch

z) L. 73 § 1, l. 74, l. 75 de R. V. 6, 1.

aa) L 3 § 3 de oper. novi nunt. 39, 1.

keinerlei Schranken gehindert zu ſein pflegt[bb]), — Alles Umſtände, welche dies Inſtitut den Servituten, wie ſie das ältere Recht nur kannte, völlig ungleich machen mußten und auf die Verwandtſchaft mit der Emphyteuſis hinweiſen.

Wenn wir nun aber ſo dahin gelangt ſind, einmal: anzunehmen, der Eigenthümer habe während beſtehender Superficies ein Nutzungsrecht an der körperlichen Sache, und ferner: das Recht des Superficiars hafte auch am Körper derſelben, ſo haben wir ein gleiches Recht zweier in solidum auf dieſelbe Sache, und da, wie wir oben bemerkten, der Eigenthümer den Beſitz der Sache behält, der Superficiar aber gleichfalls nicht nur ſchlechtweg als possessor der Sache bezeichnet wird[cc]), ſondern auch wenn ſein Recht wirklich auf den Körper der Sache geht, auch ſein Beſitz dieſes Rechtes Beſitz der Sache ſein muß, ſo haben wir gleichfalls einen Beſitz zweier in solidum auf dieſelbe Sache, ein Reſultat, welches den ſonſtigen Grundſätzen des römiſchen Rechts zu widerſtreiten ſcheint. Auf welche Weiſe aber das Recht dieſes Dilemma vermied, und wie es überhaupt zu dem ganzen Verhältniß gelangte, das deutet uns der Sprachgebrauch an, durch welchen denn auch die obige Auffaſſung dieſes Inſtituts als eines Rechts auf eine körperliche Sache noch durch einen wichtigen Faktor beſtätigt wird. *Superficies* heißt nämlich zunächſt der obere Theil einer Sache, und ſo inſonderheit das Gebäude im Gegenſatz zu dem Grundſtück (solum), auf dem es ſteht. Dem ſtrengen Rechte nach konnte nun an dem Gebäude allein durchaus kein Eigenthum beſtehen, und Gaius hält es für nöthig, hierauf auch in Beziehung auf die Superficies nochmals beſonders aufmerkſam zu machen[dd]). Wie aber zum Zweck der Servituterrichtung eine Eigenſchaft der Sache als eigene Sache fingirt wurde, ſo fingirt hier der Prätor einen körperlichen Theil der Sache, das Gebäude, als ſelbſtändige Sache, an der eine beſondere Herrſchaft beſtehen ſollte, und da er den alten civilrechtlichen Satz, daß das Gebäude dem

---

bb) L. 1 § 7 et 8 de superf. 43, 18.

cc) L. 13 § 3 de pign. 20, 1; l. 1 § 1 de superf. 43, 18.

dd) L. 2 de superf 43, 18. Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili, et naturali iure eius est, cuius et solum.

Boden folge, nicht aufheben konnte, und deßhalb das Eigenthum deſſelben immer nominell dem Eigenthümer des Bodens bleiben mußte, gab die Doctrin dieſer Herrſchaft den Namen Superficies, der im Edict des Prätors noch in ſeiner urſprünglichen Bedeutung ſtehen mochte[ee]). Dem Eigenthümer wurde die Herrſchaft über den Boden nicht genommen, doch durfte er ſie, wieder analog den Servituten, nicht ausüben, ſoweit dadurch der Superficiar an der Ausübung ſeiner Herrſchaft über das körperliche Haus verhindert wurde. Auf dieſe Weiſe erklärt es ſich, wenn in den Quellen immer Gebäude und Boden als verſchiedene Sachen entgegengeſetzt und von einer superficies in *alieno* solo geſprochen wird[ff]), wie es hier denn auch ſelbſtverſtändlich iſt, daß die Superficies als ius in re aliena gilt.

Werfen wir uns aber die Frage auf: wie kam das Recht dazu, ſo ganz den römiſchen Principien entgegen, ein beſonderes Recht am Gebäude anzunehmen, und dieſes als ſelbſtändige Sache zu fingiren, ſo möchte das nur aus hiſtoriſchen Gründen zu erklären ſein. Da, wo der Prätor zuerſt einſchritt und eine dingliche Klage zu gewähren pflegte, wird der Miether auf dem fremden gemietheten Boden auf eigene Koſten in der Vorausſetzung ein Haus gebaut haben, daß er daſſelbe ſo und ſo lange benutzen könne. Wurde er nun dejicirt, ſo ſchien es hart, daß er nur auf die Contractsklagen angewieſen und dadurch dritten Störern gegenüber erſt ſpäte, dem Eigenthümer gegenüber nur unſichere Rechtshülfe erlangen konnte, zumal da er, wenn er nicht dejicirt wäre, ſich doch in Folge ſeines ius tollendi einiger Maaßen durch Herausnahme aller Baumaterialien hätte ſchadlos halten können. Es lag daher nahe, zu fingiren, daß ſein urſprüngliches Eigenthumsrecht an den Baumaterialien trotz der Verbindung mit fremdem Grund und Boden noch fortdauere, und ſo entſtand allmählig der Begriff einer ſelbſtändigen vom Eigenthum am Grund und Boden getrennten Herrſchaft über den Complex der Baumaterialien, das Haus, und ward dann auch da angewendet,

---

ee) Vgl. l. 1 pr. et § 4 de superf. 43, 18.

ff) Vgl. l. 74 de R. V. 6, 1 und den Titel de superficiebus, 43, 18. Ferner l. 9 § 4 de damn. inf. 39, 2: Quaesitum, si solum sit alterius, superficies alterius.

wo der Miether nicht mehr ſelbſt gebaut hatte, ſondern das Haus fertig vorfand.

So findet alſo zwiſchen der Superficies und den Servituten der Unterſchied ſtatt, daß bei dieſen eine Eigenſchaft der Sache, alſo eine unkörperliche Sache, das Object des Rechts iſt, bei jener aber ein körperlicher Theil als ſelbſtändige Sache fingirt und der Herrſchaft eines Nichteigenthümers unterworfen iſt.

---

§ 35.

Reſultat.

Um nun zum Schluß dieſes allgemeinen Theils der römiſchen Servitutenlehre die hauptſächlichſten Momente, auf welche wir die ſämmtlichen uns für die Servituten überlieferten Regeln zurückführen können, noch einmal kurz zuſammenzufaſſen und in die Form einer ſchulgerechten Definition zu bringen, ſo wollen wir als das Reſultat dieſes Theils folgenden Satz aufſtellen:

> Eine Servitut iſt die durch eine eigene dingliche Klage geſchützte Herrſchaft über eine einzelne als ſelbſtändige Sache fingirte Eigenſchaft einer fremden körperlichen Sache, vorausgeſetzt daß dieſe Herrſchaft entweder mit der Herrſchaft über eine andere körperliche Sache untrennbar verbunden oder von dem Leben einer individuellen Perſon in der Weiſe abhängig gemacht iſt, daß ſie ſtets mit dieſem zugleich erlöſcht.

Zweite Abtheilung.

Die

einzelnen überlieferten Servitutenbildungen.

Zweite Abtheilung.

Die einzelnen überlieferten Servitutenbildungen.

§. 36.

Vorbemerkung.

Wir ſind in dem allgemeinen Theil dieſer Lehre zu dem Reſultat gelangt, daß das römiſche Recht eine gänzliche Freiheit in der Errichtung der Servituten anerkennt, und jedes Servitutenverhältniß ſeinen Inhalt lediglich durch den Willen der Conſtituenten erhält. Daraus folgt, daß die einzelnen im Corpus Juris überlieferten Servitutenbildungen keine andere Bedeutung haben, als daß ſie nur geſetzliche Interpretationen für den Willen der Conſtituenten bieten[a]), die ſich jedoch unmittelbar für uns nur da anwendbar erweiſen, wo vorher die völlig gleiche Beſchaffenheit aller Vorausſetzungen dieſer Interpretation in unſerm Rechtsleben dargelegt iſt, und, da die Feſtſetzung des Wortſinns der bei der Conſtituirung gebrauchten Ausdrücke einen hervorragenden Theil jener Interpretation ausmacht, namentlich auch nachgewieſen iſt, daß wir zur Bezeichnung des Inhalts derartiger Servituten Worte brauchen, die den bei den Römern üblichen völlig congruent ſind.

a) Nur die Beſtimmungen über den Umfang und die Art der Ausübung des Uſusfructs haben in ſo fern eine größere Bedeutung, als ſie in den Fällen des geſetzlichen Uſusfructs, wo das Geſetz, nicht perſönliche Willkühr, den Umfang beſtimmt, einen zwingenden Charakter annehmen, und daher auch noch jetzt überall eintreten, wo nicht die faktiſchen Verhältniſſe, welche die römiſchen Juriſten bei ihrer Aufſtellung vorausſetzten, in unſerm Rechtsleben gänzlich weggefallen ſind.

Daneben haben aber die Ausführungen der römiſchen Juriſten noch dadurch eine ganz beſondere Bedeutung für uns, daß ſie uns klaſſiſche Muſterbilder einer meiſterhaften Interpretation bieten, die ohne lediglich an den Buchſtaben der von den Conſtituenten gewählten Ausdrücke zu kleben, und auch wieder ohne einer zu großen Willkührlichkeit in Abweichung von dem durch den Wortlaut gebotenen Sinn, Raum zu geben, nicht in ſtolzer Abſonderung von dem im Volke lebenden Bewußtſein ausſchließlich nach den Forderungen einer auf die Spitze getriebenen Conſequenz, ſondern mitten aus den Anſchauungen des Verkehrs heraus und von deſſen Bedürfniß geleitet, das ganze Verhältniß wiſſenſchaftlich zu zergliedern und ſo die durch die Conſtituenten gegebenen Elemente zu einem einheitlichen Ganzen zu erweitern und abzurunden beſtrebt waren. Es wurde ihre Aufgabe dadurch erleichtert, daß trotz der zugeſtandenen Freiheit in der Bildung der Servituten, wie ſchon früher erwähnt iſt, nicht jeder Fall ohne alle Beziehung auf das ſonſt Uebliche rein nach dem individuellen Gutdünken und unter alleiniger Feſtſetzung deſſen, was gerade dieſen Conſtituenten der nähern Beſtimmung bedürftig erſchien, conſtruirt zu werden pflegte; ſondern der Gebrauch beſtimmter herkömmlicher Formeln, welcher ſich bei den nöthigen ſolennen Errichtungsformen jedem Ungeübten empfehlen mußte, den Bildungen eine gewiſſe Stetigkeit gab, und ſo die Wiſſenſchaft grade durch Unterſuchung dieſer üblichen Formeln die Natur der am häufigſten vorkommenden Arten beſtimmen konnte.

Aus dem Obigen ergiebt ſich, wie eine richtige Würdigung und ein völliges Verſtändniß der für die einzelnen Servituten überlieferten Beſtimmungen häufig nur möglich iſt, wenn man ſie mit den factiſchen Verhältniſſen in Verbindung ſetzt, in denen ſie wurzelten, und werden wir uns daher überall beſtreben müſſen, uns von dieſen ein klares Bild zu machen und daraus die Einzelheiten der Entſcheidungen der römiſchen Juriſten zu erklären. Dabei müſſen wir jedoch bemerken, daß, da wir bei Ausarbeitung dieſes Werks die praktiſche Brauchbarkeit und den Nutzen für unſern heutigen Rechtszuſtand vorzüglich im Auge gehabt haben, wir auch ſolche Erörterungen, die einen rein antiquariſchen Werth haben, und zwar über eine einzelne, vielleicht nur dem Namen nach in den Quellen erwähnte Servitut einige Aufklärung zu geben vermögen, aber zur Kenntniß der römiſchen

Auffaſſung der geſammten Servitutenlehre oder einzelner auch für uns wichtigen Arten gänzlich unfruchtbar ſind, im Nachfolgenden möglichſt auszuſchließen geſucht haben, ſelbſt wenn eine Fülle der verſchiedenartigſten Conjecturen und der gründlichſten Unterſuchungen unſerer Vorgänger dazu einladen ſollte.

Ehe wir aber zur Darſtellung der einen Hauptklaſſe römiſcher Servituten, der Realſervituten übergehen, wird es nöthig ſein, zunächſt über eine Eintheilung derſelben zu ſprechen, auf welche das römiſche Syſtem ein ſo großes Gewicht zu legen ſcheint.

Erſter Abſchnitt.

Die Realſervituten.

Erſtes Kapitel.

Der Unterſchied zwiſchen servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum.

§. 37.

Verſchiedene Auffaſſung dieſes Unterſchieds.

Es iſt eine auffallende Erſcheinung, daß bei der großen Bedeutung, die in den Quellen überall der Unterſcheidung der Realſervituten in servitutes, oder wie ſie eben ſo häufig und wohl mit der ältern Bezeichnung genannt werden, iura praediorum rusticorum, und in servitutes oder iura praediorum urbanorum beigelegt wird, nirgends beſtimmt und ausdrücklich die charakteriſtiſchen Merkmale jeder dieſer Klaſſen, ſowie der ſyſtematiſche Zweck der ganzen Eintheilung angegeben werden. Und doch iſt es nicht etwa nur eine Eigenthümlichkeit der Compilatoren, wenn ſie im achten Buch der Digeſten nach dem kurzen allgemein gehaltenen Titel „de servitutibus“, einen zweiten als „de servitutibus praediorum urbanorum“, einen dritten als „de servitutibus praediorum rusticorum“ folgen laſſen, und dann noch im vierten Titel die „communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum“ darſtellen, damit aber auch Alles, was über die einzelnen Servitutenbildungen zu ſagen iſt, erſchöpft haben;

ſondern ſie behalten nur die von der ganzen römiſchen Jurisprudenz angenommene Eintheilung bei. Das wird ſchon dadurch bewieſen, daß die klaſſiſchen Juriſten gar viele ihrer für alle Servituten beſtimmten Regeln nur für dieſe beiden Klaſſen ausſprechen[a]), und dieſe demnach benutzen, um damit den allgemeinen Begriff der Servitut zu umſchreiben, ja mitunter definiren ſie dieſen gradezu dadurch, daß ſie ihn als den Complex jener beiden Arten darſtellen. So ſagt Gaius am Schluß der l. 1 § 1 de div. rerum 1, 8:

> Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur[b]).

Die Inſtitutionen Juſtinians verſuchen nun zwar, nachdem ſie ſich für die Feldſervituten darauf beſchränkt haben, einzelne Arten derſelben zu nennen[c]), für die Gebäudeſervituten eine förmliche Definition zu geben, indem ſie im § 1 de servit. ſagen:

> Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item urbanorum praediorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat u. ſ. w.

Aber dieſe Definition giebt nur ein äußeres Merkmal und nicht die etwaigen dieſer Klaſſe eigenthümlichen Regeln an, welche eine ſelbſtändige Stellung derſelben im Syſtem rechtfertigen, und außerdem iſt auch dieſes Merkmal in ſo allgemeiner doppelſinniger Weiſe bezeichnet, daß viele daraus leſen, die herrſchende Sache müſſe ein praedium urbanum ſein, andere dagegen, von der dienenden Sache werde dies verlangt. Nur ſo viel erfahren wir mit Beſtimmtheit daraus, daß der Charakter eines dieſer beiden Grundſtücke den Charakter der Servitut beſtimmt, und weiter, daß es nicht von der Lage innerhalb oder außerhalb der Stadt abhängt, ob das praedium ein urbanum oder rusticum iſt, ſondern daß, wie das auch in andern Stellen beſtätigt wird[d]), jedes auf dem Grundſtück ſtehende Gebäude daſſelbe in dieſer Beziehung zu einem praedium urbanum mache,

a) L. 14 pr. de serv. 8, 1; l. 1 si serv. vind. 8, 5 u. a. a. O.

b) Vgl. § 3 J. de rebus incorp. 11, 2; Gaii Epitome 11, 1 § 3; l. 1 de serv. 8, 1.

c) Pr. et § 2 J. de serv. 11, 3.

d) L. 1 comm. praed. 8, 4; l. 196 de V. S. 50, 16.

ſelbſt, wie Ulpian in l. 198 de V. S. ſagt, „si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis“.

Hinſichtlich der Hauptfrage hat man auch bei Theophilus, wo man doch am erſten eine ſchulgerechte Begriffsbeſtimmung erwarten ſollte, vergebens Raths geſucht; er ſagt nur in der Paraphraſe jener Inſtitutionenſtelle, die ſtädtiſche Servitut ſei das Recht, ὃ ποιεῖ τὸν γείτονα ἀνέχεσθαι τῶν τοῦ γείτονος βαρῶν, und gleich nachher, die Feldſervitut ſei das Recht, ὃ ποιεῖ τὸν ἀγρογείτονα ἀνέχεσθαι τῶν τοῦ ἀγρογείτονος βαρῶν. Er legt alſo alles Gewicht darauf, ob die Servituten zwiſchen ἀγρογείτονες oder ob ſie zwiſchen γείτονες beſtehen*), alſo ob herrſchendes und dienendes Grundſtück [er nennt ja die Eigenthümer beider ἀγρογείτονες] praedia rustica ſind, oder ob ſie es nicht ſind, — ein Reſultat, das ſich bei unſern Juriſten gar wenig Anerkennung zu erfreuen gehabt hat, und auf jeden Fall die Frage nach dem Grund und der Bedeutung der Eintheilung unerörtert läßt.

Dieſe hat unſere Jurisprudenz nun auf die mannigfaltigſte Weiſe zu beantworten geſucht. Zunächſt ſtimmen faſt alle Schriftſteller in der Hinſicht überein, daß ſie für jede der beiden Servitutenklaſſen in manchen Beziehungen verſchiedene Rechtsregeln annehmen, und damit alſo dieſer Eintheilung einen wirklichen ſyſtematiſchen Werth beilegen. Um die wichtigſten Verſchiedenheiten kurz zu nennen, ſo ſollen nach der gewöhnlichen Annahme nur Ruſticalſervituten res mancipi geweſen ſein, ferner nur ſie von dem Eigenthümer eines Grundſtücks vor ihrer Errichtung ſchon verpfändet werden können, was bei Urbanſervituten nicht möglich ſein ſoll; ſodann ſollen nur ſie

*) Theophilus nimmt hier einen Gegenſatz zwiſchen beiden Worten an, der dem ſonſtigen Gebrauch derſelben nicht entſprochen zu haben ſcheint. Denn ὁ γείτων wird ſonſt allgemein für jeden Nachbar geſetzt und eine beſondere Beziehung auf ſtädtiſche Nachbarſchaft wird ſich anderswo ſchwerlich auffinden laſſen, während ὁ ἀγρογείτων der heißt, welcher ein Grundſtück in der Nachbarſchaft hat, aber ohne daß es gerade nöthig iſt, daß daſſelbe ein praedium rusticum und kein aedificium iſt; vielmehr heißen bei den Klaſſikern die, welche in der Nachbarſchaft wohnen, alſo auch ein Gebäude haben, oft ἀγρογείτονες. Gleichwohl muß man aber hier wohl annehmen, daß Theophilus ländliche Nachbarſchaft damit bezeichnen will, und daß dann ὁ γείτων der Nachbar iſt, welcher nicht ἀγρογείτων in dieſem Sinne iſt.

ſtets durch bloßen Nichtgebrauch während einer beſtimmten Zeit untergehen, während bei Urbanſervituten noch usucapio libertatis hinzukommen muß, und endlich ſoll, wenigſtens nach der Anſicht Einiger, nur die Aufhebung von Urbanſervituten dadurch bewirkt worden ſein, daß eine Servitut des entgegengeſetzten Inhalts zu Gunſten des ſeither dienenden Grundſtücks beſtellt wurde. Wenn man aber auch ziemlich einſtimmig darüber war, welche verſchiedene Folgen von der Eintheilung abhängen, ſo gingen die Anſichten darüber ſehr auseinander, welches die Grenze zwiſchen beiden Klaſſen ſei, und man hat in der mannigfachſten Weiſe das Unterſcheidungsmerkmal aufſtuden wollen.

Die meiſten Anhänger[f]) hat von jeher die ſchon in der Gloſſe vorgetragene Anſicht gehabt, daß das herrſchende Grundſtück dasjenige ſei, welches den Charakter der Servitut beſtimme, und wenn daher dieſes ein Gebäude ſei, ſo ſei die Servitut eine ſtädtiſche, ſonſt eine ländliche. Daneben hat aber auch die Meinung, wonach es von der Beſchaffenheit des dienenden Grundſtücks abhängt, welcher Klaſſe die Servitut zufalle, zahlreiche Vertreter gefunden, während Andere wohl auch verlangt haben, daß beide Grundſtücke ſtädtiſche ſein müſſen, damit eine ſtädtiſche Servitut möglich ſei. Wenn man aber in dieſer Weiſe den Unterſchied beſtimmte, ſo hielt es ſehr ſchwer, einen genügenden innern Grund für die principiellen Verſchiedenheiten aufzufinden, die doch zwiſchen beiden Klaſſen ſtattfinden ſollten, und die Wirkungen einer und derſelben Servitut mußte man anders annehmen, wenn ſie in Beziehung zu einem ſtädtiſchen, anders wenn ſie in Beziehung zu einem ländlichen Grundſtück geſetzt war; ja ſogar dadurch, daß auf dem Grundſtück, welches ihren Charakter beſtimmt, nach der Servitutbeſtellung ein Gebäude aufgeführt wurde, mußte ſie ſchon ihre Natur verändern. Demgemäß ſtellte man denn auch, da in den Quellen manche Servituten beſtimmt als ländliche bezeichnet werden, während doch nicht zu leugnen war, daß ſie auch in Beziehung zu ſtädtiſchen Grundſtücken

f) Siehe die literariſchen Nachweiſungen über dieſe und die folgenden Anſichten in Glücks Commentar Bd. 9 S. 21 ff. und Zachariä's von Lingenthal Abhandlung „über die Unterſcheidung zwiſchen servitutes rusticae und urbanae“. Heidelb. 1844.

vorkommen konnten, und umgekehrt, für ſolche Bildungen eine eigene Klaſſe von *servitutes irregulares* auf, diſſentirte nun aber wieder darüber, ob dieſe in Gemäßheit der Regeln behandelt werden müßten, welche man für ihre reguläre Form gelten ließ, oder ob man deßhalb, weil ſie in dieſem einzelnen Falle einen andern Charakter angenommen habe, nun auch dieſen in aller und jeder Beziehung durchführen müſſe.

Von andern Schriftſtellern iſt dagegen ein ganz anderer Weg eingeſchlagen. Sie ſind davon ausgegangen, daß unmöglich die verſchiedenen Rechtsſätze, die auch nach ihrer Anſicht hinſichtlich der beiden Klaſſen gelten ſollen, durch das rein äußerliche und zufällige Moment, ob ein Gebäude auf dem herrſchenden, beziehungsweiſe auf dem dienenden Grundſtücke ſtehe, bedingt ſein können, und haben darum den Verſuch gemacht, ein inneres in dem Weſen der Servitut begründetes Unterſcheidungsmerkmal aufzuſuchen, ſo daß darnach auch jede Servitutenbildung einer oder der andern Klaſſe ein für alle Mal angehören muß. So hat in der neuern Zeit von der Pfordten[g]) den Satz aufgeſtellt, ſtädtiſche Servituten ſeien die, welche ohne Gebäude nicht beſtehen könnten, gleichviel übrigens, ob das herrſchende, oder ob das dienende, oder ob beide Grundſtücke Gebäude ſein müßten; ländliche Servituten ſeien dagegen die, welche auch zwiſchen leeren Grundſtücken vorkommen könnten. Von Vangerow[h]) hat eine ſchon von Stever[i]) aufgeſtellte, aber bis dahin noch wenig beachtete Anſicht hervorgehoben und lebhaft vertheidigt, wonach ſolche Servituten, welche den Berechtigten zur Vornahme einzelner poſitiver Handlungen auf dem dienenden Grundſtück ermächtigen [servitutes faciendi], ländliche ſein ſollten, ſtädtiſche dagegen die, welche ihn zum dauernden Innehaben einer Vorrichtung oder zur Unterſagung beſtimmter Handlungen auf dem fremden Gebiet ermächtigen [servitutes habendi und prohibendi], ſo daß die Bezeichnung jeder Klaſſe nur dadurch erklärt werden könne, daß die ſogenannten ſtädtiſchen Servituten zufällig bei ſtädtiſchen Grundſtücken beſonders üblich geweſen ſeien.

---

g) Arch. für civ. Prax. Bd 22 1839 S. 6—31. Vgl. auch Sintenis prakt. Civilr. I. S. 567.

h) Leitfaden Bd. I. S. 796—801 (6. Aufl.).

i) De servitutibus praediorum Ed. nova. Rostochii 1820. S. 31—53.

Alle dieſe verſchiedenen Erklärungsverſuche gehen, wie geſagt, davon aus, daß zwiſchen beiden Klaſſen der Servituten principielle Verſchiedenheiten ſtattfinden. Dies iſt aber in neuerer Zeit von Zachariä von Lingenthal in der ſchon citirten Abhandlung in Abrede geſtellt, indem er die Eigenthümlichkeiten, welche man ſonſt der ganzen Klaſſe zuſchreiben will, auf einzelne beſonders privilegirte Arten beſchränkt, aber davon abgeſehen, völlig gleiche Grundſätze zwiſchen ſtädtiſchen und ländlichen Servituten herrſchen laſſen will. Dieſe Anſicht werden wir zunächſt in den folgenden Paragraphen im Einzelnen zu prüfen haben, da die principielle Verſchiedenheit die Vorausſetzung der Ausführungen aller andern Schriftſteller iſt, und wenn es uns gelingt, dieſe zu beſeitigen, die beſtrittenſten Fragen von ſelbſt wegfallen. Dabei können wir uns hinſichtlich eines Punktes auf unſere Ausführungen im § 1 S. 11 und fgg. berufen, indem wir dort in Uebereinſtimmung mit Zachariä darzulegen ſuchten, daß nicht alle servitutes praediorum rusticorum res mancipi ſeien, ſondern daß nur die vier älteſten Servituten, via, iter, actus, aquaeductus, in Folge ihres bei Weitem höheren Alters ausſchließlich der von jeher ſtreng geſchloſſenen Anzahl der res mancipi zugezählt worden.

§. 38.

Findet ein durchgehender Unterſchied ſtatt zwiſchen Urban- und Ruſticalſervituten hinſichtlich der Fähigkeit, vor ihrer Errichtung vom Eigenthümer einer zu belaſtenden Sache verpfändet zu werden?

Die Lehre von der Verpfändung der Realſervituten iſt erſt in neuerer Zeit einer gründlicheren Durchforſchung und Erörterung unterzogen worden. Die ältere Doctrin begnügte ſich damit, ohne auf die letzten Gründe einzugehen, nach einer oberflächlichen Prüfung der Quellenausſprüche den Satz aufzuſtellen, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden könnten, wogegen dies bei den servit. praed. urbanorum unmöglich ſei, und weiter anzunehmen, daß der Pfandgläubiger (oder da ja nur Grundſtücke Subjecte von Realſervituten ſein ſollten, ein praedium vicinum deſſelben) das eigentliche berechtigte Subject ſei, ſo daß man daher in dem Akt des

Pfandverkaufs eine anomaler Weiſe zugelaſſene Veräußerung der Realſervitut Seitens des Servitutberechtigten erkennen wollte. Dieſe Theorie iſt beſonders lebhaft und mit Erfolg von Büchel angegriffen[a]), ſo daß ſie ſeitdem von allen theoretiſchen Schriftſtellern verlaſſen ſein möchte, während dieſe freilich darüber, worin eine ſolche Verpfändung beſteht, und wie weit ſie zuläſſig iſt, mannigfach von einander abweichen. Ja die Abhandlungen, welche ſich ſpeciell und tiefer eingehend mit dieſer Frage beſchäftigt haben[b]), ſind alle zu mehr oder weniger verſchiedenen Reſultaten gelangt, und auch unſere Unterſuchung hat uns wieder zu manchen ſeither nicht berückſichtigten Momenten oder zu andern Auffaſſungen derſelben geführt. Ein völliger Abſchluß der Streitfrage und eine genügende Verwendung des geſammten dafür brauchbaren Materials möchte bei dieſer Sachlage noch zur Zeit kaum zu erreichen ſein. Zunächſt wird es von Nutzen ſein, wenn wir die einzelnen Verpfändungsformen, welche das römiſche Recht im Lauf der Zeiten kannte, mit Rückſicht auf die vorliegende Frage betrachten.

Die Anwendbarkeit der älteſten derſelben, der *fiducia*, auf Realſervituten hat Zachariä in einer beiläufigen Note geleugnet, weil die Zufügung eines Endtermins bei Realſervituten unzuläſſig ſei[c]). Allein es iſt ſchon mit Recht dagegen geltend gemacht, daß auch bei der Fiducia an körperlichen Sachen das Eigenthum derſelben ohne Zeitbegrenzung übertragen wurde und auch ſeinem Weſen nach nicht anders übertragen werden konnte, und daß nur bei der Ceſſion oder Mancipation das pactum fiduciae über Reſtitution nach Tilgung der

---

a) In der ſchon mehrfach citirten Abhandlung über iura in re und deren Verpfändung (1834) in den civilrechtlichen Erörterungen B. I. S. 281—475.

b) Sintenis Pfandrecht S. 121 ff. (1836), von der Pfordten in dem Arch. für civ. Prax. Bd. 22, S. 26 ff. (1839) und die Recenſion dieſes Aufſatzes von Sintenis in Richters und Schneiders Jahrb. Bd. 14, S 979 (1843); Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 31 ff. und die Recenſion von Rudorff in den Jahrb. Bd. 15, S. 322 ff. (1844); Lang im Archiv Bd. 19, S. 307 ff. (1840); Reinhold Schmid in der Gießer Zeitſchr. für Civilrecht und Proceß. Neue Folge Bd. 5, S. 324 ff. (1848); von Vangerow Leitfaden Bd. I. S. 920 ff. (6. Aufl. 1851).

c) A. a. O. S. 72.

Pfandſchuld abgeſchloſſen wurde. Eine ſolche perſönliche Verpflichtung kann aber eben ſo gut neben den Realſervituten, wie neben dem Eigenthum herlaufen, nur daß ſie natürlich allein den Promittenten und ſeine Erben bindet, und nicht etwa ſolche, die durch Kauf u. ſ. w. das herrſchende Grundſtück und damit die Realſervitut erworben haben. Die Reſtitution der ſo beſtellten Servitut an den Beſteller der fiducia war allerdings nur möglich, wenn dieſer zur Zeit, wo die Pfandſchuld getilgt wurde, noch Eigenthümer der belaſteten Sache war, da ſonſt darin eine verbotene Veräußerung gelegen haben würde; allein, wenn dies nicht mehr der Fall war, ſo war der Conſtituent ſelbſt Schuld daran, daß die Erfüllung an ihn unmöglich geworden war, und außerdem konnte er bei Veräußerung des Grundſtücks ja nur die Forderung auf die Reſtitution an den Erwerber deſſelben cediren und ſo verhindern, daß aus der zeitweiligen Ueberlaſſung der Servitut zur Sicherheit einer Forderung ein unangreifbares Recht auf dieſelbe werde. Das neuere Recht hat die Möglichkeit, eine Servitut einem Gläubiger bis zur geſchehenen Zahlung zu conſtituiren, noch dadurch erleichtert, daß es die den Servituten zugefügten Bedingungen oder Zeitbeſtimmungen mit einem Exceptionsſchutz bekleidet und es dadurch möglich gemacht hat, daß in einem ſolchen Falle jeder Eigenthümer des belaſteten Grundſtücks jedem Innehaber der Servitut die Ausübung unterſagen kann, ſobald die Pfandſchuld rechtzeitig gelöſcht iſt. Beifügung eines pactum de vendendo iſt bei der Unveräußerlichkeit der einmal conſtituirten Servitut auch im ſpätern Rechte für ſolchen Fall gänzlich unmöglich.

Die fiducia iſt hinſichtlich der körperlichen Sachen außer Gebrauch gekommen, ſeitdem das römiſche Recht zweckmäßigere und allen Intereſſen der Betheiligten mehr entſprechende Verpfändungsformen geſchaffen hatte; aber eine unmögliche Rechtsbildung iſt ſie nicht geworden, wenn auch ein eigener Name dafür unpraktiſch geworden iſt, und ſelbſt nach Wegfall der Mancipation und der in iure cessio, mit denen ſie urſprünglich zuſammenhing, kann daſſelbe Reſultat auch bei den an die Stelle getretenen Eigenthumsübertragungsarten erreicht werden, nur bedurfte im römiſchen Rechte das pactum fiduciae ſeitdem der Einkleidung in eine klagenerzeugende Form, was bei uns ſeit der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge weggefallen iſt. In noch größerem Umfange gilt dies aber von der

fiducia an Servituten, da, wie wir ſehen werden, eine andere Form, welche zur Sicherheit für eine vorhandene Schuld dem Gläubiger eine Servitut zu gewähren vermag, nicht immer vorhanden iſt; allein eine ſolche Conſtituirung einer Servitut, mag ihr die Reſolutivbedingung beigefügt ſein, daß ſie erlöſcht, wenn bezahlt wird, oder mag ſie mit der Verpflichtung verbunden ſein, daß ſie dann reſtituirt werden muß, fällt niemals unter den techniſchen Begriff der Verpfändung, wie ſich ſolcher im neuern römiſchen Rechte ausgebildet hat und ſo weit er dem pignori und hypothecae dare congruent iſt, da ihm ſein weſentlichſtes Attribut, das Verkaufsrecht, gänzlich fehlt, und ſind wir ſomit zur Beantwortung der an die Spitze geſtellten Frage noch gar nicht gelangt.

Aehnlich verhält es ſich mit der zweiten Verpfändungsform des ältern Rechts, dem reinen Beſitzpfand, *pignus*. Auch dieſes konnte der Eigenthümer an allen ſeinen Befugniſſen beſtellen. Denn ſo gut er andern die Benutzung einzelner Eigenſchaften ſeiner Sache precario geſtatten konnte, und der Precariſt dann im Quaſibeſitz einer Servitut war [vgl. § 32], ſo gut mußte es auch möglich ſein, daß er ſeinem Gläubiger, bis er die Schuld berichtet hatte, die Ausübung einer einzelnen Eigenthumsbefugniß überließ, und dieſer konnte dann jedem Dritten gegenüber durchaus dieſelben Rechte in Anſpruch nehmen, wie der Precariſt, war aber in ſo fern beſſer als dieſer geſtellt, als er auch dem Verpfänder [jedoch nicht deſſen Singularſucceſſoren] gegenüber durch Klage und Einreden aus dem contractus pigneratitius geſchützt war[d]). Man hat freilich gemeint, dieſe obpigneratio Seitens des Eigenthümers ſei, vom Uſusfruct

d) Mit Reinhold Schmid (a. a. O. S. 356) könnte man eine Anomalie darin finden, daß durch Ueberlaſſung des Quaſibeſitzes an einer Servitut ein ſolcher Contract entſtehen ſolle, da dieſer als Realcontrakt nur durch Hingeben einer Sache entſtände, hier aber weder die körperliche Sache, an welcher die Befugniß geübt werden ſoll, hingegeben wird, noch die unkörperliche Sache, die Servitut, welche anſcheinend verpfändet wird, indem dieſe, wie wir gleich näher ausführen werden, niemals entſteht, wenn ſie nicht an ein herrſchendes Grundſtück geknüpft und durch deſſen Vermittelung einem Subjecte dem dinglichen Rechte nach erworben wird, wovon doch hier nicht die Rede ſein kann. Allein einmal braucht zur Entſtehung des Contractes überall nur der Beſitz der Sache überlaſſen zu werden*), ferner aber, wenn man auch zugeſtehen muß,

*) L. 9 pr. l. 32 de pign. act. 13, 7.

abgeſehen, nur bei Wege- und Waſſerleitungsſervituten möglich geweſen, da nur ſie einen Interdictenſchutz gehabt hätten, und der Quaſibeſitz anderer Servituten daher ſchutzlos geweſen ſei[e]). Allein bei jenen gewährten auch die Interdicte nicht für alle Fälle einen genügenden Schutz, indem z. B. das interdictum *de itinere actuque privato* nicht ſofort mit der Pfandbeſtellung, ſondern erſt nach dreißigtägiger Uebung der Befugniß erlangt wurde, und wenn daher der Verpfänder vor Ablauf der dadurch gegebenen Friſt ſein Grundſtück veräußerte, ſo war das pignus an der Wegeſervitut völlig ſchutzlos. Wenn ferner die Pfandgläubiger auch die Interdicte erworben hatten, ſo waren ſie doch für den Fall, wo der Verpfänder die belaſtete Sache veräußert hatte, immer ohne Einrede gegen eine etwaige negatoriſche Klage des neuen Eigenthümers, da ſie, ſo lange das pignus nur einen Anſpruch auf den Beſitz gab, kein dingliches Recht entgegenſetzen konnten, und die Berufung auf den eingegangenen Pfandvertrag dem Singularſucceſſor gegenüber unmöglich war. Ein ſolches Beſitzpfand an einer Realſervitut gewährte alſo überall nur ſo lange einige Sicherheit, als der Verpfänder oder ſeine Univerſalſucceſſoren noch das Eigenthum der Sache behielten, für dieſen Fall waren aber auch jene, welche eine ſtädtiſche Servitut oder eine mit keinem beſondern Interdict verſehene Feldſervitut hatten, doch nicht ſo ganz

daß das, was noch gar nicht exiſtirt, auch nicht beſeſſen werden kann, und hier darum auch nicht von einem Beſitz an der Servitut die Rede ſein könnte, ſo iſt doch genau genommen der eigentliche Gegenſtand des Quaſibeſitzes die beſtimmte Eigenſchaft der Sache, welche auch das Object einer derartigen Servitut ſein würde, und wie es nach unſerer Ausführung in § 32 nicht ſtrenge richtig iſt, wenn man von einem Prekarium an der Servitut redet, ſo muß man hier auch eigentlich ſagen, es beſtehe ein Beſitzpfand an der Eigenſchaft, welche den Inhalt einer servitus itineris u. ſ. w. bilden würde. Dieſe Eigenſchaft iſt aber jeder Zeit vorhanden, und kann auch da, wo ſie dem Rechte nach ein ungeſchiedener Theil des Eigenthums iſt, und deßhalb keine ſelbſtändige Sache ausmacht, dem Beſitze nach ausgeſchieden und zur Sache geworden ſein, wie das nicht nur Precarium und Beſitzpfand, ſondern auch der Umſtand beweißt, daß die Benutzung einer Eigenſchaft Seitens eines Unberechtigten als Quaſibeſitz einer Servitut gelten kann. Demnach iſt durch die Ueberlaſſung der Ausübung einer Eigenthumsbefugniß wirklich eine Sache auf den Gläubiger übertragen, und deßhalb findet der Satz Anwendung: contractus re contrahitur.

e) Rudorff a. a. O. S. 324. Reinhard Schmid a. a. O. S. 349.

ſchutzlos, indem ſie, wenn ſie auch nicht aus eigenem Namen gegen den Störer klagen konnten, doch auf Grund des Pfandvertrags, als eines contractus bonae fidei mit der actio pigneratitia contraria vom Verpfänder fordern konnten, daß er das Mittel anwende, welches die bei Eingehung des Contrakts beabſichtigte Wirkung allein zu erhalten vermöchte, und daß er darum wegen der ſeinem eigenen Beſitze an der ganzen Sache in der Perſon ſeines Stellvertreters (des Pfandgläubigers) angethaenen Störung Klage erhebe, beziehungsweiſe die entſtandene Klage abtrete. Und gegen den Verpfänder ſelbſt ſchützte ja ebenfalls die genannte Contraktsklage.

Es läßt ſich nicht leugnen, daß dieſes pignus des alten Rechts, wenn es an einer ſtädtiſchen Servitut beſtellt war, nur wenig Sicherheit gewährte, aber dies war überall bei dem Fauſtpfande des alten Rechts der Fall, und dennoch mag es häufig genug vorgekommen ſein, daß ebenſo, wie ein Nachbar dem andern precario geſtattete, einen Balken in die fremde Mauer zu immittiren[f], er dies auch von vorne herein für ſo lange geſtattete, bis er ſelbſt eine beſtimmte Schuld abbezahlt haben werde. Es möchte kein Grund vorhanden ſein, warum man dies Verhältniß nicht dem alten Beſitzpfand beizählen ſollte, und weiter iſt auch hier kein Grund, um die Anwendbarkeit deſſelben für das ſpätere römiſche Recht zu leugnen. Nur iſt der Name pignus dafür unanwendbar geworden, ſeitdem er dazu dient, ein Inſtitut zu bezeichnen, welches aus der Verſchmelzung des alten Beſitzpfandes und der neuern hypothekariſchen Klage enſtanden iſt, und eben ſo wenig dürfen wir dieſes Verhältniß als eine Verpfändung der Servitut auffaſſen, da das Pfandrecht an einem dinglichen Rechte nothwendig wieder ein dingliches Recht ſein muß. Wir werden ſehen, wie unrichtig es aus obigen Gründen iſt, wenn man mit Schmid die l. 11 § 3 und l. 12 de pign. 20, 1, wo die Verpfändung nur für einzelne Ruſticalſervituten geſtattet wird, als ein reines Beſitzpfand auffaſſen will[g].

f) L. 15 § 2 de precario 43. 26.

g) Die für die Entwicklung des Pfandrechts ſo wichtige Verbindung der fiducia und des alten pignus bei Verpfändung einer einzigen Sache (vergl. Rudorff, die Pfandklagen in der Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. Bd. 13 S. 181 ff.) wird für die Realſervituten bei der eigenthümlichen Natur ihres Interdictenſchutzes ſelten und unpraktiſch geweſen ſein.

Die Ausbildung der hypothekariſchen Klage brachte eine totale Umgeſtaltung des alten Pfandrechts hervor. Die Verpfändung einer körperlichen Sache verleiht jetzt dem Pfandgläubiger weder Eigenthum an dem Pfandobject, wie die alte fiducia, noch iſt ihre Wirkung darauf beſchränkt, den Beſitz einzuräumen, ſo daß, wenn er aufgehört hat und die zu ſeinem Schutz gegebenen Rechtsmittel erloſchen ſind, jede Sicherheit verloren iſt, wie bei dem alten pignus, ſondern die Verpfändung gewährt jetzt vor Allem das ſtets mit dinglichen Klagen geſchützte Recht, die verpfändete Sache ſeiner Zeit ſo, als ob man Eigenthümer wäre, zu veräußern und ſich aus dem Erlöß bezahlt zu machen. Wollte man nun dieſe, zunächſt wohl bei Verpfändung der körperlichen Sache gemachten Fortſchritte auch auf die Verpfändung der Realſervituten übertragen, ſo konnte der Pfandgläubiger nicht ſelbſt mehr Servitutberechtigter ſein, wie er in jenem Falle nicht Eigenthümer war, ſondern er hatte nur das Recht, die Servitut zu veräußern, d. h. alſo, da ſie ſeither noch keinen Innehaber hatte, ſondern die durch ſie verliehene Befugniß mit dem Eigenthum verbunden war, ſtatt des Eigenthümers die betreffende Eigenſchaft der Sache aus derſelben als ſelbſtändige Sache auszuſcheiden, und ſie an den Meiſtbietenden, ſo fern er im Beſitz eines Nachbargrundſtücks iſt, alſo zu übertragen, daß dieſes fortan der Träger der Servitut wird. Den Römern konnte eine ſolche Anwendung des neuen Inſtituts der Hypothek auf die Servituten dadurch nahe liegen, daß ſie, wie oben dargeſtellt iſt, die älteſten Formen der Verpfändung auf die Servituten leicht anwenden konnten, und ſich dadurch gewöhnt haben mochten, in der Servitutbeſtellung ein geeignetes Mittel zu ſehen, um Forderungen ſicher zu ſtellen. Ob und wie weit ſie nun aber auch wirklich dadurch bewogen worden ſind, die Hypothek an Realſervituten zuzulaſſen, werden wir erſt genügend erörtern können, wenn wir uns vorher die Frage beantwortet haben, wie weit denn eine ſolche Anwendung mit den ſonſt im römiſchen Pfand- und Servitutenrecht geltenden Regeln übereinſtimmt.

Man hat in Beziehung hierauf ſich mit Recht darauf berufen, wie zur Zeit der Pfandbeſtellung das Pfandobject, welches hier nicht der Beſitz einer Eigenſchaft der Sache, ſondern das dingliche Recht, die Servitut, iſt, noch gar nicht exiſtirt, ſondern ſie, wie in l. 63 de usufr. 7, 1, in l. 5 pr. si ususfr. petat. 7, 6 u. a. a. O. (vgl.

§. 5 S. 41) gesagt wird, so lange die Herrschaft über die ihr zu Grunde liegende Eigenschaft der Sache mit dem Eigenthum verbunden ist, in diesem untergeht. Darin wird auch nichts geändert, wenn mit der Hypothek ein Besitzpfand verbunden ist, also ein pignus des neuern Rechts constituirt ist, indem auch hier das eigentliche Pfandobject noch gar nicht existirt, sondern ebenfalls erst im Moment der Veräußerung in der Person des Pfandkäufers entsteht, und das, was der Pfandgläubiger besitzt, genau genommen etwas ganz anderes ist, wie die verpfändete Sache. Denn da jede Realservitut in dem Bedürfniß der herrschenden Sache die Grenze ihres Inhalts findet, und die Servitut, wenn sie beim Pfandverkauf definitiv constituirt wird, mit einem ganz andern herrschenden Grundstück verbunden wird, als das ist, für welches sie jetzt vorläufig ausgeübt wird, so ist die Sache, die später als Pfand verkauft wird, auch eine andere, als die, welche jetzt als solches besessen wird, und erstere existirt also eben so wenig, als ob eine bloße Hypothek bestellt sei.

Demnach kann es auch einer strengen Rechtsauffassung nach nicht möglich sein, daß schon im Moment der Verpfändung ein dingliches Recht an der Servitut, als an einer noch gar nicht existirenden Sache, entstehen soll. Rudorff[h]) glaubt freilich, Zachariä's Ausführungen, die zu einem gleichen Resultat führen, durch die Frage widerlegen zu können, „warum sollte der Eigenthümer eine noch nicht bestellte Servitut nicht verpfänden können, da er sie [nach l. 6. § 5 de act. emt. vend. 19, 1] doch verkaufen kann"? und Lang[i]) pflichtet ihm völlig bei. Allein zwischen beiden Fällen kann eine Analogie nicht behauptet werden, da ja auch über fremde Sachen von einem Jeden Verkaufverträge geschlossen werden können, trotzdem daß er niemals ein sofort wirkendes Pfandrecht daran bestellen konnte. Wohl aber könnte man sich auf die Analogie des Pfandrechts an den Früchten einer Sache berufen, indem diese ebenfalls noch nicht existirende Sachen sind, und erst wenn sie von der Hauptsache getrennt sind, zu selbständigen Rechtsobjecten werden, so daß also bei ihnen die körperliche Scheidung in dieser Beziehung dasselbe ist, was bei den Realservituten die durch rechtliche Fiction vor sich gehende

h) A. a. O. S. 332.
i) A. a. O. S. 346.

Trennung der einzelnen Eigenſchaft aus der Geſammtheit des Eigenthums. Allein mit Hülfe dieſer Analogie vermöchte man doch noch keine durchgreifende Klage aus dem Pfandrecht an Servituten abzuleiten, indem es hier nicht genügt, daß für den Fall, wo die Sache, welche als künftige verpfändet iſt, zur Exiſtenz gelangt, das Pfandrecht daran anerkannt werde, wie das bei Verpfändung anderer künftiger Sachen genügt, ſondern die Klage grade dahin gehen muß, den Verpfänder oder ſeinen Nachfolger im Eigenthum der als dienenden bezeichneten Sache zu zwingen, daß er das Pfandobject, das nur er zu ſchaffen vermag, auch wirklich aus ſeinem Eigenthum ablöße. Daß aber, um zu einer ſolchen poſitiven Handlung zu nöthigen, eine dingliche Klage oder ſpeciell die confeſſoriſche Klage, welche ſonſt immer das Vorhandenſein einer Servitut zur nothwendigen Vorausſetzung hat, gegeben werde, das entſpricht den Principien des römiſchen Rechts hinſichtlich der Natur der Klagen durchaus nicht, vielmehr würde ein ſolches Pfandrecht nur durch eine actio in per sonam geltend gemacht werden können, die darauf gerichtet wäre, daß der Eigenthümer die Servitut leiſten müſſe. Dieſe würde ſich auf den Pfandvertrag ſtützen, und deßhalb wäre einmal kein Rechtsgrund aufzufinden, um den Uebergang der Verpflichtung auf den Singularſucceſſor des Verpfänders zu rechtfertigen, ſo daß die Klage nur gegen den Verpfänder und ſeine Erben gehen könnte, anderer Seits würde aber das eigentliche Object der Verpfändung nur ein perſönlicher Anſpruch an den Verpfänder ſein, ſo daß ein ſolches Pfandrecht im Concurſe gar keine Sicherheit gewähren würde, und ſich dafür überhaupt alles das wiederholen ließe, was wir bei Beſprechung der Verpfändung eines beſtehenden Uſusfructs Seitens des Uſufructuars (§ 27 S. 236) gegen die herrſchende Auffaſſung eines ſolchen Geſchäfts hervorgehoben haben. Dafür daß das Pfandrecht in dem hier vorliegenden Falle nur gegen den Verpfänder und ſeine Erben, nicht gegen Singularſucceſſoren geltend zu machen ſein würde, ſpricht daneben auch noch die Analogie des Pfandrechts an künftigen Früchten, ſowie an andern res futurae, indem dieſes nur dann wirkſam iſt, wenn die Sachen bei ihrer Entſtehung ſich in bonis des Verpfänders befinden, und kann daher richtiger Anſicht nach da nicht mehr geltend gemacht werden, wo die Hauptſache vor der Trennung der Früchte aus dem Eigenthum des Verpfänders und ſeiner Erben

getreten ist[k]). Wie daher der strengen Consequenz nach ein Pfandrecht an einer noch nicht bestehenden Servitut ein durchaus unnützes Institut sein müßte, wird hiernach einleuchten.

Dies dürfen wir bei Erklärung und Würdigung der Stellen, in denen ein solches Pfandrecht dennoch zugelassen wird, nicht aus den Augen verlieren. Die Stellen sind die l. 11 § 3 und l. 12 de pign. 20, 1.

Nachdem Marcian [und zwar stammt die Stelle aus dem von den Compilatoren so vielfach benutzten liber singularis ad formulam hypothecariam] im § 2 der l. 11 zuerst die Frage aufgeworfen hat: Ususfructus an possit *pignori hypothecaeve* dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? und dann mit Berufung auf Papinian dem Pfandgläubiger Exceptionsschutz zugesagt hat [vgl. die Besprechung dieser Stelle in § 27 S. 236], fährt er im § 3 also fort:

> Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

Daran haben die Compilatoren als l. 12 folgende Stelle angereiht:

> *Paulus* libro LXVIII ad Edictum. — Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse. Pomponius ait, ut si talis pactio fiat, [ut] quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat —, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

In beiden Stellen wird nicht ausdrücklich gesagt, ob von der Verpfändung einer schon bestehenden Servitut Seitens des Servitutberechtigten, oder von unserer Verpfändung Seitens des Eigenthümers die Rede ist. Von der Pfordten[l]), der davon ausgeht, daß ein innerer Grund für das Verbot der letzteren nicht aufgefunden werden könne, will deßhalb den § 3 der l. 11 nur auf die Ver-

---

k) Vgl. den Aufsatz Francke's „Von den Früchten des Pfandes" im Archiv Bd. 30, S. 151—194 (1847) und von Vangerow Leitfaden Bd. I. S. 938 ff.

l) Archiv für civ. Pr. Bd. 22, S. 28.

pfändung Seitens des Servitutberechtigten beziehen, und kommt darum zu dem Resultat, daß nach den beiden angeführten Stellen alle Realservituten verpfändet werden können. Allein schon der Satzbau und der Zusammenhang des § 3 spricht für eine andere Auffassung, indem die an die Spitze des vorhergehenden Paragraphen gestellte Frage, ob ein Ususfruct verpfändet werden könne, ausdrücklich auf beide Fälle bezogen wird, ob der Eigenthümer verpfänden könne und dann, ob der Usufructuar es könne. In der Antwort geht er zwar nur auf den letzten Fall näher ein, weil dieser zweifelhafter sein konnte, aber es ist nicht glaublich, daß er beim Uebergang zu einer andern Frage, die auch wieder in Beziehung auf beide Fälle gestellt werden kann, nun mit so allgemeinen Ausdrücken, die sich auf beide deuten lassen, nur den letztern besprechen will. Allein wenn auch dieser § 3 gar nicht von der Verpfändung Seitens des Eigenthümers spräche, so würde das dennoch den Satz, daß städtische Servituten nicht verpfändet werden können, in keiner Weise zu alteriren vermögen. Denn wenn, wie wir darzulegen versuchten, jede Servitutverpfändung Seitens des Eigenthümers eine Singularität ist, die mit den sonstigen römischen Grundsätzen über Servituten in Widerspruch steht, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie nur da zuzulassen ist, wo sie ausdrücklich in den Gesetzen gestattet ist, wo diese schweigen, werden wir sie verwerfen müssen und dürfen bekannten Regeln gemäß der analogen Erweiterung keinen Raum geben.

Die darauf folgende l. 12 des Paulus läßt ebenfalls eine zweifache Beziehung, auf die Verpfändung Seitens des Eigenthümers und auf die Seitens des Servitutberechtigten, zu. Welche von beiden aber der Entscheidung zu unterlegen sei, darüber ist die Jurisprudenz fast nie zweifelhaft gewesen, und wenn auch der hier ausgesprochene Satz nach jeder Seite hin zu einer Singularität führt, so ist doch diese bei der Verpfändung der Servitut Seitens des Servitutberechtigten, wo sie erst zu einer Ausübung durch den Pfandgläubiger, ohne daß dieser zugleich das herrschende Grundstück benutzt, und dann beim Pfandverkauf zu einer Uebertragung auf ein anderes herrschendes Grundstück führen muß, so sehr viel größer und widerstreitet den sonst mit strenger Consequenz eingehaltenen und die ganze Servitutenlehre beherrschenden Satz von der Unveräußerlichkeit der

Realſervituten in ſo auffallender und ungemilderter Weiſe, daß dagegen die Singularitäten der Verpfändung durch den Eigenthümer, welche ohnehin ſich nur bei einer genauern Zergliederung der innern Structur eines ſolchen Verhältniſſes auffinden laſſen, und nicht ſofort in der äußern Erſcheinung entgegen treten, ſo daß ſie noch in neuſter Zeit mitunter geleugnet ſind, weit in den Hintergrund treten. Wir werden daher die l. 12 de pign. nicht anders erklären können, als daß darin für die Wege- und Waſſerleitungsgerechtigkeiten anerkannt wird, daß ſie Gegenſtand eines Seitens des Eigenthümers eines Grundſtücks beſtellten Fauſtpfandes ſein können. Was aber der Gläubiger durch dieſe obpigneratio erwirbt, darüber gehen die Anſichten unſerer Juriſten mannigfach auseinander.

Nur ein Recht von ſehr geringem Umfange will ihm Schmid zugeſtehen[m]), indem er ihm eine jede dingliche Klage abſpricht und ihn auf die Interdicte beſchränkt, welche die Ausübung dieſer Servituten ſchützen, oder falls er dieſe noch nicht erworben hat, auf die actio pigneratitia contraria, mit der er vom Verpfänder fordern ſoll, daß dieſer mit den ihm zum Schutz an der körperlichen Sache zuſtehenden Interdicten auch die Ausübung jener Befugniſſe decke. Wenn er ſo dem pignus die hypothekariſche Klage abſpricht, ſo nimmt er ihm das charakteriſtiſche Kennzeichen des neuern Pfandrechts und ſieht alſo in dem in l. 12 erwähnten Rechtsverhältniß das pignus des alten Rechts. Dagegen ſpricht aber zunächſt, daß, wie wir ſchon oben ausführten, der Grund, aus dem Schmid und auch Rudorff die Beſchränkung der Verpfändbarkeit auf die vier Servituten ableiten, keineswegs unzweifelhaft iſt, es vielmehr wahrſcheinlich ſein dürfte, daß ein ſolches reines Beſitzpfand nicht allein bei den vier genannten Servituten möglich war, indem, wie auch Schmid anerkennt, einen überall wirkſamen Rechtsſchutz auch die betreffenden Interdicte nicht gewähren, der indirecte Schutz mittelſt der actio pigneratitia contraria aber auch bei pfandweiſer Ueberlaſſung der Ausübung ſtädtiſcher Servituten erreicht werden konnte, und ferner ganz unzweifelhaft dann auch jenen vier Servituten die servitus aquaehaustus in dieſer Beziehung hätte gleichgeſtellt werden müſſen, da dieſe ebenfalls mit einem eigenen Interdict [de fonte] geſchützt

m) A. a. O. S. 349.

war[a]). Ferner aber iſt es im höchſten Grade unwahrſcheinlich, daß Juriſten der klaſſiſchen Zeit und noch dazu der ſpätern, eine ſolche bloße Beſitzüberlaſſung noch als pignus haben bezeichnen können. Schon ehe die actio Serviana ihre weite Bedeutung erhalten hatte, mochte das alte pignus durch die Fiction der Seitens des Verpfänders geſchehenen Ceſſion der dinglichen Klagen häufig genug durch dieſe geſchützt worden ſein; ſpäter aber war es zu einem unabweislichen Beſtandtheil jedes Pfandrechts geworden, daß es durch die hypothecaria geſchützt werde, und Marcian konnte daher jeden Unterſchied zwiſchen Hypothek und Pignus leugnen[o]), Juſtinian in den Inſtitutionen [§ 7 de act. 4, 6] aber lehren:

> Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest.

Mit ſolchen Stellen verträgt es ſich aber ſchlecht, wenn in der l. 12 zwei Juriſten dennoch von einem pignus viae, itineris, actus, aquaeductus reden, dem jede dingliche Klage und demnach conſequent auch jede dingliche Einrede, alſo jeder Rechtsſchutz gegen die actio negatoria des Singularſucceſſors im Eigenthum der belaſteten Sache fehlen ſoll. Endlich weiſt das Verkaufsrecht, welches hier ohne Weiteres dem Pfandgläubiger zugeſprochen wird, darauf hin, daß nicht von dem alten Beſitzpfande die Rede iſt, da mit dieſem die Befugniß, ſich aus dem Verkauf des Pfandobjects bezahlt zu machen, keineswegs immer verbunden war, ſondern dieſe erſt nach der Entwicklung der hypothekariſchen Klage zu einem integrirenden Beſtandtheile des Pfandrechts wurde. Die Anwendung des Verkaufsrechtes auf das reine Beſitzpfand fand aber nicht nur darin Schwierigkeiten, daß das Recht zu unſicher war [denn eine Veräußerung der körperlichen Sache ſtellte es jedesmal in Frage], und ſich daher ſchwerlich ein Käufer gefunden haben wird, der einen entſprechenden Preis

---

a) L. un. de fonte 43, 22. Schmid verſucht das Nichterwähnen dieſer Servitut dadurch zu erklären, daß Paulus jenes uns nur durch Ulpian überlieferte Interdict nicht gekannt habe [und doch ſchrieb er faſt gleichzeitig mit dem letzteren und das Interdict ward durch das allgemein bekannte prätoriſche Edict eingeführt], oder dieſe Servitut nicht für wichtig genug gehalten habe [und doch war ſie ſo wichtig, daß der Prätor ſie ausdrücklich im Edict berückſichtigen zu müſſen glaubte].

o) L. 5 § 1 de pign. et hypoth. 20, 1.

zahlte, ſondern beſonders dadurch, weil der Pfandgläubiger gar kein Mittel hatte, um die ihm zuſtehenden Interdicte, welche grade nach Schmid's Anſicht den Kern des Pfandrechts ausmachen, auf den Käufer zu übertragen. Denn er hatte ſie ja nur, weil er im vergangenen Jahre die verpfändete Befugniß ſo und ſo oft oder innerhalb einer beſtimmten Befugniß ausgeübt hatte, und wenn ſich auf dieſe von ihm geſchehene Ausübungshandlung auch der, welcher im Beſitz des Grundſtücks ſuccedirte, zu deſſen Gunſten die Befugniß geübt war, jeder Zeit berufen konnte[p]), ſo war es doch nicht möglich, das ſo begründete Interdict zu Gunſten eines andern Grundſtücks zu benutzen, da deſſen Vorausſetzung immer war, daß ſchon ſo und ſo oft die Befugniß grade nach dem Grundſtück hin, für welches der Kläger den Schutz beanſprucht, geübt ſei[q]). Der Umſtand alſo, daß nach der l. 12 der Pfandgläubiger die verpfändeten Servituten ebenſo veräußern ſoll, wie andere Pfandobjecte, weißt darauf hin, daß das Pfandrecht doch einen andern Inhalt haben muß, als den durch die Interdicte geſchützten Beſitz, da dieſer als ſolcher nicht übertragen werden kann, und wir gelangen ſo aus allen dieſen Gründen dahin, daß das in l. 12 erwähnte pignus nicht das alte Beſitzpfand ſein kann, ſondern ein wirkliches, mit einer hypothekariſchen Klage geſchütztes Pfandrecht ſein muß.

Doch auch unter denen, die dieſes mit uns annehmen, gehen die Meinungen über das Weſen dieſes Pfandrechts und namentlich der zu deſſen Schutz gegebenen hypothekariſchen Klage weit auseinander. Zunächſt iſt Lang[r]) durch die Gründe, welche dies ganze Pfandrecht als ein ſinguläres Inſtitut erſcheinen laſſen, bewogen worden, den eigentlichen Pfandgegenſtand nicht in der Servitut, ſondern in der körperlichen Sache zu ſuchen. Er ſagt, die Servituten-Verpfändung habe keine andere Bedeutung, als die einer körperlichen Sache, vielmehr werde das ganze Prädium in den Pfandnexus gezogen, nur mit dem Unterſchiede, daß der Gläubiger zum Zweck ſeiner Befriedigung nicht das Grundſtück ſelbſt verkaufen wolle und dürfe, ſondern nur eine Servitut. Die pignoris vindicatio ſoll

p) L. 5 § 2 de itinere actuque privato 43, 19.

q) L. 1 § 15 de aq. quot. 43, 20 [vgl. § 16 S. 146].

r) A. a. O. S. 337—341, S. 345 und 346.

demnach auch ebenſo auf die körperliche Sache gerichtet ſein, als ob dieſe verpfändet ſei, und muß alſo eine in factum concipirte Vindication der Sache geweſen ſein; Lang beruft ſich hierfür auf die Faſſung der Klagformel, welche dem Richter aufgelegt habe, zu verurtheilen, wenn nicht das Geld gezahlt oder die Sache reſtituirt werde. Dieſes rem restituere, zu welchem der Innehaber einer verpfändeten körperlichen Sache gezwungen wird a), wendet er ſo unmittelbar auf die Verpfändung einer Servitut an, daß er hier dieſelbe körperliche Sache, die im Pfandvertrage als Pfandobject gar nicht genannt iſt, reſtituirt haben will, freilich nicht, um ſie zu verkaufen, ſondern nur um die Servitut auszuſcheiden. Demnach nimmt er an, daß der Pfandnexus von weiterm Umfange ſei, wie das Veräußerungsrecht, und dadurch alſo einem Theil des Pfandrechts der Beſtandtheil, welcher ſonſt im ſpätern römiſchen Recht das charakteriſtiſche Merkmal jedes Pfandrechts iſt, die Befugniß zur Veräußerung und zur Befriedigung aus dem Erlöß, entzogen ſei; ferner daß eine ganz andere Sache [nämlich die körperliche] verpfändet, eine andere von den Paciscenten im Pfandvertrage genannt ſei [nämlich die unkörperliche, die Servitut]. Daß man lediglich auf dem Wege der Analogie vermittelſt der über die Verpfändung körperlicher Sachen geltenden Grundſätze niemals zu dem Reſultate gelangen kann, wie Lang anzunehmen ſcheint, möchte bei Berückſichtigung der erwähnten Eigenthümlichkeiten einleuchten, und es kann daher nur die Frage entſtehen, ob wir Grund zu der Annahme haben, daß die römiſchen Juriſten durch das von Lang erwähnte, allerdings wieder anomale Mittel die nach unſern obigen Ausführungen bei der Verpfändung von Servituten entſtehende Anomalie zu vermeiden ſuchten. Dieſe Frage glaube ich aber verneinen zu müſſen. Denn wenn wir uns erinnern, wie Servitut und Eigenthum gänzlich verſchiedene Sachen zum Gegenſtand haben, wie nach römiſcher Auffaſſung die Servitutbefugniß niemals als ein Theil der Herrſchaft über die körperliche Sache aufgefaßt wird (vgl. S. 32 und ff. S. 41 und ff.), ſo müſſen wir auf die in der l. 12 de pign. gebrauchten Ausdrücke ein beſonderes Gewicht legen und müſſen auch bei Verpfändung der Servitut nothwendig ein anderes Object an-

a) L. 16 § 3 de pign. 20, 1.

nehmen, als bei Verpfändung der körperlichen Sache. Wir verlaſſen die ganze römiſche Auffaſſung der Servituten, wenn wir annehmen, daß ihre Verpfändung ſich nur dadurch von der Verpfändung der körperlichen Sache unterſcheide, daß ſie ein anderes Maaß angebe, bis zu welchem daſſelbe Object haften ſoll. Dazu kommt aber, daß dieſe Lang'ſche Auffaſſung der Servitutverpfändung ſich nicht darauf beſchränkt, die in l. 12 de pign. erwähnte Entſcheidung wiſſenſchaftlich zu erklären, und ihr eine Stellung im Rechtsſyſtem zu ſchaffen, ſondern zu praktiſch wichtigen Reſultaten führt, die wir nicht eigenmächtig acceptiren können, wenn uns kein Geſetz und keine Analogie zur Seite ſteht. Dies zeigt ſich nämlich hinſichtlich der Stellung des Pfandrechts an der ganzen Sache zu dem an einzelnen Servituten an derſelben Sache.

Daß ein älteres, die ganze Sache umfaſſendes Pfandrecht durch eine ſpätere Verpfändung der Servitut nicht berührt werden kann, möchte nach dem, was im § 8 S. 79—84 ausgeführt worden iſt, unzweifelhaft ſein, indem, wenn die ſpätere definitive Servitutbeſtellung die einzelne Servitutbefugniß dem Pfandrecht nicht zu entziehen vermag, dazu noch weniger die Verpfändung der Servitut im Stande ſein kann. Was dagegen die ſpätere Verpfändung der ganzen Sache betrifft, ſo muß dieſe nach Lang's Anſicht daſſelbe Object betreffen, wie die Verpfändung der Servitut, und das hat zur Folge, daß das aus der letztern fließende Pfandrecht die Geltendmachung des erſtern, als eines jüngern, dieſelbe Sache umfaſſenden, verhindert. Man kommt alſo dahin, daß der, welcher anſcheinend das älteſte Pfandrecht an der Sache hat, doch nicht veräußern darf, weil ein anderer ein Pfandrecht von früherem Datum an einer Servitut derſelben Sache hat[1]), während, wenn man die unkörperliche Sache als das Object des letztern anſieht, eine völlig ſelbſtändige, von einander unabhängige Uebung beider Pfandrechte anerkennen muß. Hiervon abzuweichen, dazu werden wir durch keinerlei Andeutung unſerer Quellen bewogen, und iſt es alſo unſers Erachtens nicht möglich, die Verpfändung der Servituten als eine Verpfändung der körperlichen Sache ſelbſt bis zum Belauf der Servitutbefugniß anzuſehen.

---

1) L. 1 de distr. pign. 20, 5; l. 8 C. qui pot. in pign. 8, 18; l. 1 C. creditorem evictionem non debere 8, 46.

Demnach bleibt uns nichts übrig, als, wie es auch die Mehrzahl der Schriftſteller thut, die l. 12 de pign. ſo zu erklären, daß die dem Rechte nach allerdings noch nicht exiſtirende Servitut als ſchon vorhanden propter utilitatem contrahentium fingirt wird, und an dieſer fingirten unkörperlichen Sache mit der actio hypothecaria das Veräußerungsrecht geltend gemacht wird. Die gewöhnliche Meinung nimmt aber an, daß dieſe hypothecaria eine utilis confessoria actio ſei, die, wie namentlich Büchel[u]) ausgeführt hat, bezweckt, den Beſitz der verpfändeten Sache zu erlangen, da ohne denſelben das Veräußerungsrecht nicht geübt werden könne. Allein die letztere Behauptung möchte nicht erwieſen werden können, und der Pfandverkauf ſowohl an körperlichen wie an unkörperlichen Sachen geſchehen können, ohne daß der Gläubiger ſich vorher in den Beſitz geſetzt hat[v]). Durch Annahme der hypothecaria als eine confessoria gelangt man aber dahin, dem Pfandgläubiger das Recht zur Vindication einer Servitut zuzugeſtehen, ohne daß er irgend wie Servitutberechtigter iſt, und ſtößt dadurch wiederum auf eine bedeutende, durch keine Analogie gerechtfertigte Anomalie. Man wird freilich entgegenhalten, wie doch der Innehaber eines Pfandrechts an einer körperlichen Sache auch ohne Eigenthümer zu ſein, eine utilis rei vindicatio anſtelle, und demnach doch in beiden Verhältniſſen völlige Uebereinſtimmung herrſche. Allein der Pfandgläubiger, der die Sache vindicirt, ſtellt, wie uns die Formel der Pfandklage beweiſt, ſeine Vindication auf Grund des dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung zugeſtandenen Rechts an, er klagt aus deſſen Rechte; die confeſſoriſche Klage hat aber der Eigenthümer auch zur Zeit der Verpfändung nicht gehabt[w]), und daher kann der Pfandgläubiger ſie auch nicht auf Grund von deſſen Recht erheben. Als Stellvertreter eines Andern kann er ſie aber auch nicht anſtellen, da ein Servitutberechtigter, dem ſie möglicher Weiſe zuſtehen könnte, noch gar nicht exiſtirt, ſondern erſt durch den Pfandverkauf, den die

u) A. a. O. S. 366.

v) l. 2 C. de distr. pign. 8, 28; arg. leg. 13 D. de distr. pign. 20, 5. Vgl von der Pfordten a. a. O. S 27 und Laug a. a. O. S. 336.

w) L. 63 de usufr. 7, 1; l. 5 pr. si usufr. petatur 7, 6: vgl. § 5 S. 41.

hypothecaria ja grade anbahnen will, geſchaffen werden ſoll. Welche Klage aber der Pfandgläubiger als hypothecaria anzuſtellen hat, das werden wir erkennen, wenn wir die bei dem Pfandrecht an körperlichen Sachen übliche Formel, auf die wir uns ſchon eben beriefen, der nähern Betrachtung unterziehen[x]).

Die Formel der actio Serviana, als einer arbitraria actio[y]), wies den Richter an, zunächſt zu unterſuchen, ob ein Pfandvertrag abgeſchloſſen und die Pfandſchuld ſeither nicht getilgt ſei[z]). „Octavius iudex esto. Si paret, eam rem q. d. a. ob pecuniam promissam Aulo Agerio pignori obligatam, eamque pecuniam neque eo nomine satis factum esse neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur satisve fiat“, ſo mochte demgemäß der Anfang lauten; weiter aber ward darin geſagt „eamque rem eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse“[aa]).

Mit dieſen Worten, auf welche die mehrfache bruchſtücksweiſe Erwähnung derſelben hinweiſt, entlehnte der Kläger den Rechtsgrund aus der Perſon des Verpfänders, indem er für dieſen nicht etwa quiritariſches Eigenthum, ſondern den weitern Begriff des in bonis in Anſpruch nahm, und ſo auf deſſen Recht auch ſein eigenes Recht zur Anſtellung der Klage gründete. Wo künftige Früchte verpfändet waren, mußte der Richter unterſuchen, ob die Hauptſache, von welcher dieſe Früchte producirt werden ſollten, zur Zeit der Verpfändung dem Schuldner zuſtand[bb]). Dem gemäß wird dieſer Theil der Pfandklage bei Verpfändung von Servituten etwa ſo gelautet haben:

> Si paret iter agri Semproniani q. d. a. pignus ob pecuniam promissam Aulo Agerio datum neque solutam esse u. ſ. w.

---

x) Wir folgen hier hauptſächlich Francke's Abhandlung „zur Lehre von der Pfandklage“ in ſeinen civiliſtiſchen Abhandlungen, Göttingen 1826 S. 65—128, Rudorff's Abhandlung über die Serviana in ſeinem Aufſatz „die Pfandklagen“ in der Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. Bd. 13 (1846) S. 226—237 und Bachofen's röm. Pfandrecht Bd. I. Baſel 1847.

y) L. 16 § 3 de pign. 20, 1.

z) L. 11 § 4 qui potior. 20, 4; l. 1 C. si pign. conv. 8, 33.

aa) L. 3 pr. l. 15 § 1 de pign. 20, 1; l. 23 de probat. 22, 3; l. 6 C. si aliena res 8, 16.

bb) L. 11 § 3 qui pot. in pign. 20, 4.

pecuniam, eumque agrum eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse cc).

Die Condemnation mußte nun aber trotz der auf das Recht des Debitors gestützten Intention auf die Person des Klägers gestellt sein und lautete daher für das Pfandrecht an körperlichen Sachen etwa so: „nisi arbitrio iudicis Numerius Negidius Aulo Agerio aut rem restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res est Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve dd). Also war, von der Möglichkeit der Befreiung durch Zahlung der Pfandschuld abgesehen, die Condemnation ebenso gefaßt, als ob der Kläger eine Eigenthumsklage angestellt habe. Zum Zwecke der Realisirung eines Pfandrechts an Servituten kann die Vindication nicht benutzt werden, die immer dahin geht, sämmtliche Eigenthumsbefugnisse gegen den, der sie alle in Anspruch nimmt, geltend zu machen; wo der Eigenthümer eine einzelne aus seinem Eigenthum fließende Befugniß einem Unberechtigten gegenüber zur Anerkennung bringen will, muß er die ihm eigens hierzu gegebene negatorische Klage erheben, und wenn daher der Pfandgläubiger auf Grund des Rechtes des verpfändenden Eigenthümers eine solche einzelne Befugniß in Anspruch nimmt, so muß er ebenfalls die negatorische Klage als hypothecaria actio anstellen. Demnach ist die Condemnation in der Formel der Pfandklage für den Fall, wo eine Servitut zum Faustpfand gegeben ist, und der Quasibesitz des Faustpfands verlangt wird, so umzuändern:

nisi arbitrio iudicis Numerius Negidius aut Aulum Agerium ire patiatur, aut ei pecuniam solvat, quanti ea res est condemna u. s. w.

Da aber, wo der Pfandgläubiger nicht die Ausübung der Servitut für sich in Anspruch nimmt, sondern nur seine Befugniß zur Servitutbestellung anerkannt haben will, wird es gehießen haben:

---

cc) Wurde die Klage angestellt, um dem Faustpfandgläubiger zum Quasibesitz der Servitut zu verhelfen, so wird nach der oft erwähnten l. 12 de pign. in die Intention noch ein weiterer Zusatz haben aufgenommen werden müssen, nämlich etwa in dieser Art: „et Aulum Agerium fundum agro Semproniano vicinum habere".

dd) L. 18 § 3 de pign. 20, 1.

nisi arbitrio iudicis Numerius Negidius aut iter ab Aulo Agerio constitutum patiatur, aut pecuniam solvat u. ſ. w. Auf dieſem Wege, den freilich ſeither noch niemand einzuſchlagen verſucht hat, glauben wir das vom Eigenthümer beſtellte Pfandrecht an einzelnen Servituten noch am meiſten mit den ſonſtigen Principien des Pfandrechts in Einklang zu bringen, und ſo paradox es auf den erſten Anblick auch erſcheint, daß jemand mit der Negatorienklage das Recht, eine Servitut auszuüben, beanſpruchen ſoll, ſo vermeiden wir dadurch doch die ſo ſehr große Anomalie, daß ein Recht mit der confessoria vindicirt wird, welches noch zur Zeit in gar Niemandes Perſon exiſtirt. Erſt wenn der Pfandverkauf bewerkſtelligt und damit die ſeither als ausgeſchieden aus dem Eigenthum fingirte unkörperliche Sache auch wirklich davon getrennt und einem Subjecte übergeben iſt, wird die confeſſoriſche Klage erzeugt, die fortan dem Käufer des Pfandes, trotzdem daß die definitive Conſtituirung nicht vom Eigenthümer, ſondern in ſeinem Namen vom Pfandgläubiger geſchehen iſt, ebenſo als directa zuſteht, wie der Käufer einer verpfändeten körperlichen Sache auch die rei vindicatio utilis hat.

Auf Grund des hier erlangten Reſultats wird uns eine ſonſt vielfach beſtrittene Frage wenig Schwierigkeiten bieten. In der beſprochenen l. 12 de pign. iſt hinter dem Satze, wonach der Pfandgläubiger die ihm zum Fauſtpfand beſtellte Servitut ausüben ſoll, der Zwiſchenſatz eingefügt: scilicet si vicinum fundum habeat, und dann wird von ſeinem Verkaufsrechte geſprochen. Nun behaupten manche, daß auch dies letztere, ſowie die Anſtellung der hypothekariſchen Klage ebenfalls von dem Innehaben eines benachbarten Grundſtücks abhängig ſei, ſo daß der Gläubiger das Pfandrecht nicht mehr geltend machen kann, wenn er kein Grundſtück inne hat, ja man wird ſogar conſequent fordern müſſen, daß er nicht nur überhaupt irgend ein praedium vicinum beſitzt, ſondern gerade das, welches bei Conſtituirung des Pfandrechts als das vorläufig [d. h. bis zum Pfandverkauf] herrſchende im Auge gehabt wurde. Wenn man mit Büchel in der Pfandklage nur eine confessoria actio utilis ſieht, und ihren Zweck nur darin ſucht, daß ſie den Pfandgläubiger zum Zweck des Verkaufs in den Beſitz ſetzt, ſo muß man allerdings den Beſitz eines praedium vicinum als nothwendige Vorausſetzung fordern, da ja in dieſer l. 12 dasſelbe Requiſit für den Fall aufgeſtellt wird, wo der Pfandgläu-

biger gleich von Anfang an den Quaſibeſitz des Pfandobjects haben ſoll, demnach dies conſequent auch da nöthig ſein muß, wo er ſich ſpäter den Beſitz zum Zwecke der Veräußerung verſchaffen will. Wenn man aber mit uns in der hypothekariſchen Klage hier nur eine utilis negatoria ſieht, ſo liegt gar kein Grund vor, um die Befugniß zur Anſtellung derſelben von dem Beſitz eines praedium vicinum abhängig zu machen, indem ja der Pfandgläubiger nur das Recht beanſprucht, welches ſonſt dem Eigenthümer zuſteht, nämlich eine Servitut zu Gunſten eines Dritten zu beſtellen, und ſo wenig der Eigenthümer zu dieſem Zwecke irgend ein anderes Grundſtück, als das, welches er grade belaſten will, zu haben braucht, ſo wenig wird man an ſeinen Stellvertreter, den Pfandgläubiger, ſolche Anforderung ſtellen können.

Weiter ergibt ſich aus dem Seithergen, daß die Nichterwähnung der Hypothek in der l. 12 de pign. nicht den Sinn haben kann, daß nur ausſchließlich das pignus an Realſervituten möglich iſt, ſondern daß die Verpfändbarkeit der Hypothek als ein Selbſtverſtändniß angeſehen wird, welches mit Nothwendigkeit aus dem dort vom pignus Geſagten folgen muß. Denn da dieſes nicht das alte Beſitzpfand iſt, ſondern ein mit einer dinglichen Klage geſchütztes Pfandrecht gewährt, ſo kann der Pfandgläubiger, wenn er den Quaſibeſitz und die zu ſeinem Schutz gegebenen Interdicte verliert, jeder Zeit dahin kommen, daß er blos auf die dingliche Klage angewieſen iſt, und daher muß es auch dem Conſtituenten des Pfandrechts zuſtehen, ihn von vorne herein in ſolche Lage zu ſetzen, oder mit andern Worten, ihm eine Hypothek zu beſtellen. Ohnehin iſt grade darin, daß der Pfandgläubiger die Ausübung der Servitut bis zum Verkauf haben ſoll, die größere und auffallendere Anomälie zu ſuchen, indem er, wie wir ausführten, ſtreng genommen etwas ganz anderes ausübt, als das, welches den eigentlichen Pfandgegenſtand ausmacht. Die Abweichung dieſer Beſtimmung von dem Geiſte der römiſchen Servitutenlehre erkennt Paulus auch vollkommen an, indem er ſie am Schluſſe der l. 12 zu rechtfertigen ſucht, aber das nicht anders vermag, als durch die Berufung auf die utilitas contrahentium.

Wir haben seither gesehen, daß für die servitutes praediorum urbanorum die Verpfändung Seitens des Eigenthümers in l. 11 § 3 de pignor. verboten wird, dagegen solche für die Wege- und Wasserleitungsservituten in l. 12 erlaubt worden ist; es bleibt also nun noch die Frage übrig, — und damit kommen wir auf den Punkt, der die Einschaltung dieser ganzen Abhandlung an diesem Punkte nöthig gemacht hat, — wie es sich mit der Verpfändung der andern Rusticalservituten, die nicht zu jenen vieren gehören, verhalten muß, ob diese wirklich in derselben Weise, wie die vier genannten, verpfändet werden können, und ob daher in dieser Beziehung ein durchgreifender Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und rusticorum besteht. Allein wenn es uns gelungen ist, die Singularität der Verpfändung Seitens des Eigenthümers nachzuweisen, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die l. 12 bekannten Interpretationsregeln gemäß keinerlei Ausdehnung fähig ist, und der Umstand, daß die genannten vier Servituten so häufig als Repräsentanten der andern vorkommen, vermag, zumal da sie dann auch gewöhnlich als Repräsentanten aller Realservituten gebraucht werden, wovon hier doch keine Rede sein kann, einen solchen Schluß nicht zu rechtfertigen. Aus dem § 3 der l. 11 läßt sich aber mit dem argumentum a contrario schon um deßwillen nicht der Schluß ziehen, daß die in demselben nicht erwähnten servitutes praediorum rusticorum verpfändbar seien, weil uns die vollständige Darstellung Marcian's fehlt. Nachdem er im § 2 von der Verpfändung des Ususfructs, im § 3 von der der Urbanservituten gesprochen hat, ist es wahrscheinlich, daß er in einem spätern Paragraphen von den Rusticalservituten redet; dieser ist weggeschnitten, und statt dessen jene Stelle von Paulus gesetzt.

Wie es aber kam, daß singulärer Weise die Verpfändung von Realservituten zugelassen wurde, und daß grade jenen vier Servituten diese Eigenthümlichkeit zu Theil wurde, das zu erklären, hat man die verschiedensten Wege eingeschlagen. Einen derselben haben wir schon oben bezeichnet, — darnach sollte der eigenthümliche Interdictenschutz der Grund sein — und haben ihn verwerfen zu müssen geglaubt. Gleiches können wir mit Berufung auf unsere Ausführung im § 1 (S. 8 und 9) hinsichtlich der in neuerer Zeit von Lang**)

**) A. a. O. S. 346 ff.

versuchten Erklärung, welcher unter Wiederaufnahme einer früher von Bergmann und Du Roi aufgestellten Behauptung in den Rusticalservituten der ältern Zeit ein partielles Eigenthum erkennen und dem Innehaber derselben ein dominium und eine possessio corporis ertheilen will. Deßhalb habe sich die Anwendbarkeit des Pfandrechts von selbst ergeben. Aber auch abgesehen von den im § 1 dargestellten Gründen, welche gegen die ganze Annahme sprechen, daß jemals die Servituten in einem Eigenthum bestanden haben; so war doch auf jeden Fall zu der Zeit, wo die hypothekarische Klage im römischen Rechte Eingang erhielt und sich damit das neuere Pfandrecht ausbildete, eine derartige Auffassung längst unmöglich geworden und konnte daher auch nicht auf Zulassung dieser Klage bei den genannten Servituten einwirken.

Eben so wenig vermag die von Zachariä von Lingenthal[ff]) versuchte, oben im § 25 Anm. schon beiläufig erwähnte Begründung diese Erscheinung zu erklären. Er bringt sie nämlich damit in Verbindung, daß es bei den Wege- und Wasserleitungsservituten immer möglich sei, sie so allgemein zu constituiren, daß die Richtung des Wegs u. s. w. einstweilen noch in Ungewißheit bleibe, und späterer Festsetzung nöthigenfalls durch schiedsrichterliche Entscheidung vorbehalten sei. Allein einmal ist, wie schon im § 25 ausgeführt ist kein Grund vorhanden, um hierin eine Eigenthümlichkeit der Wasserleitungs- und Wegeservituten zu finden, vielmehr wird immer da, wo eine Servitut allgemein einem größern Grundstück aufgelegt ist, während sie ihrer Natur nach nur an einem einzelnen Theile desselben dauernd ausgeübt werden kann, später eine solche Fixirung möglich sein. Sodann ist aber auch nicht abzusehen, wie dieser Umstand die Verpfändung rechtfertigen soll, vielmehr läßt er sie in dem einzelnen Falle, wo eine solche Servitut in so allgemeiner Weise verpfändet ist, als eine noch größere Anomalie erscheinen. Denn wenn das Recht zuläßt, daß schon, ehe die wichtigsten Momente der Servitut von den Constituenten geregelt sind, dieselbe als völlig errichtet gelten und durch einen Schiedsrichter nöthigenfalls ergänzt werden soll, so geht es von der Voraussetzung aus, daß die Umstände dem Richter ein genügendes Material bieten, um über die nicht festge-

ff) A. a. O. S. 53.

ſetzten Punkte den muthmaaßlichen Willen der Conſtituenten ermitteln zu können, und darauf wird eben die Lage des herrſchenden und des dienenden Grundſtücks zu einander, das Bedürfniß des erſteren u. ſ. w. den entſchiedenſten Einfluß haben. Daß alſo das herrſchende Grundſtück feſt beſtimmt ſei, war die Vorausſetzung, unter der ſich die Regel von der Gültigkeit einer allgemein conſtituirten Wegegerechtigkeit bildete; deßhalb konnte man bloß durch die weitere Anwendung nie dahin kommen, daß eine Servitut conſtituirt werden dürfe, ehe das herrſchende Grundſtück beſtimmt war, oder mit andern Worten, daß eine Servitut verpfändet werden könne.

Die meiſten andern Erklärungsverſuche haben zur Vorausſetzung, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden können, und beſtreben ſich daher, dieſe Erſcheinungen auf innere, zwiſchen beiden Servituten beſtehende Verſchiedenheiten zurückzuführen. Daß dies ſeither in allgemein anerkannter und genügender Weiſe nicht gelungen iſt, mag auch ein Beweis für unſere ſeither ausgeführte Anſicht ſein, wonach die Verpfändbarkeit nur eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Waſſerleitungsſervituten iſt. Einen innern, aus dem Weſen dieſer Servituten mit Nothwendigkeit hervorgehenden Grund vermögen wir freilich auch nicht hierfür anzuführen, wohl aber möchte der Weg, auf welchem das Recht zu dieſem Reſultate gelangte, reconſtruirt werden können, und ſo doch wenigſtens ein hiſtoriſcher Grund für dieſe Eigenthümlichkeit aufzufinden ſein.

Wir führten oben aus, wie die Servituten auf dem Wege der fiducia oder des alten pignus immer verpfändet werden konnten, und dadurch mochte ſich die Sitte gebildet haben, auch dieſe als Vermögensobjecte zu behandeln, die eine Sicherheit für Forderungsrechte zu gewähren vermochte. Als ſich nun das Pfandrecht umgeſtaltete, blieb man für die Servituten nicht, wie die ſtrenge Conſequenz es verlangt hätte, bei der alten Form ſtehen, ſondern man übertrug die mancherlei Vortheile, welche die neuen Inſtitute gewährten, auch auf die Verpfändung der Servituten. Doch geſchah dieſe Umwandlung des Pfandrechts zu einer Zeit, wo die Servitutenbildung noch nicht zu dem Abſchluß gelangt war, den ſie zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten erreichte, ſondern, wenn es auch ſchon neben jenen vier alten Servituten manche andere geben mochte, ſo waren doch nur jene vier zu einer feſten, immer gleichen und beſtimmt charakteriſirten

Geſtalt gelangt, und, was beſonders wichtig iſt, wahrſcheinlich war es nur bei ihnen allein Sitte geworden, ſie zum Gegenſtand der Verpfändung zu machen. Dieſe Sitte wurde denn dadurch conſolidirt, daß man ſie in die neue durch die Bildung der Hypothekenklage entſtandene Pfandrechtstheorie herübernahm, dagegen die neuen Bildungen, um den Umfang der Singularität nicht noch zu vergrößern, nicht dabei berückſichtigte. Dazu kommt nun noch, daß die Natur der vier Servituten derartig iſt, daß ſie durch einige Verabredung bei der Verpfändung ſo beſtimmt werden können, daß es, wenn auch nicht dem rechtlichen Begriffe, ſo doch dem faktiſchen Erfolge nach für den Eigenthümer gleichgültig ſein kann, ob der Nachbar A. oder der Nachbar B. künftig die Servitut erwerben wird, indem Richtung und Umfang des Wegs, Art der Benutzung u. ſ. w. möglicher Weiſe für alle Fälle gegeben ſein können, ſo daß die Individualität des Berechtigten daran nichts mehr zu ändern vermag. Es ließen ſich zwar noch manche andere Servituten auffinden, bei denen von vorne herein eine ſolche Fixirung ihres Inhalts ebenſo oder gar in noch höherem Grade möglich iſt, wie das z. B. der Fall iſt bei der Weideſervitut, wenn ſie für eine beſtimmte Anzahl Vieh beſtellt iſt; allein das römiſche Recht hat aus hiſtoriſchen Gründen die Anomalie nicht auch auf ſie ausgedehnt, und eine Vermehrung der verpfändbaren Servituten iſt, ſo lange man auf dem Boden des römiſchen Rechts ſteht, nicht zuläſſig.

Bis jetzt haben wir alſo eine durchgehende Verſchiedenheit zwiſchen servitutes praediorum rusticorum und urbanorum, die auf eine verſchiedene Structur beider Rechtsinſtitute hinweiſt, nicht aufgefunden.

§. 39.

Iſt es eine charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit der Urbanſervituten, daß zum Zweck ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengeſetzten Inhalt errichtet werden können?

Wir finden in den Quellen mehrfach Servitutenbildungen in der Weiſe bezeichnet, daß wir ihren Inhalt nur in einer ſolchen Befugniß zu finden vermögen, die an und für ſich dem Servitut-

ſetzten Punkte den muthmaaßlichen Willen der Conſtituenten ermitteln zu können, und darauf wird eben die Lage des herrſchenden und des dienenden Grundſtücks zu einander, das Bedürfniß des erſteren u. ſ. w. den entſchiedenſten Einfluß haben. Daß alſo das herrſchende Grundſtück feſt beſtimmt ſei, war die Vorausſetzung, unter der ſich die Regel von der Gültigkeit einer allgemein conſtituirten Wegegerechtigkeit bildete; deßhalb konnte man bloß durch die weitere Anwendung nie dahin kommen, daß eine Servitut conſtituirt werden dürfe, ehe das herrſchende Grundſtück beſtimmt war, oder mit andern Worten, daß eine Servitut verpfändet werden könne.

Die meiſten andern Erklärungsverſuche haben zur Vorausſetzung, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden können, und beſtreben ſich daher, dieſe Erſcheinungen auf innere, zwiſchen beiden Servituten beſtehende Verſchiedenheiten zurückzuführen. Daß dies ſeither in allgemein anerkannter und genügender Weiſe nicht gelungen iſt, mag auch ein Beweis für unſere ſeither ausgeführte Anſicht ſein, wonach die Verpfändbarkeit nur eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Waſſerleitungsſervituten iſt. Einen innern, aus dem Weſen dieſer Servituten mit Nothwendigkeit hervorgehenden Grund vermögen wir freilich auch nicht hierfür anzuführen, wohl aber möchte der Weg, auf welchem das Recht zu dieſem Reſultate gelangte, reconſtruirt werden können, und ſo doch wenigſtens ein hiſtoriſcher Grund für dieſe Eigenthümlichkeit aufzufinden ſein.

Wir führten oben aus, wie die Servituten auf dem Wege der fiducia oder des alten pignus immer verpfändet werden konnten, und dadurch mochte ſich die Sitte gebildet haben, auch dieſe als Vermögensobjecte zu behandeln, die eine Sicherheit für Forderungsrechte zu gewähren vermochte. Als ſich nun das Pfandrecht umgeſtaltete, blieb man für die Servituten nicht, wie die ſtrenge Conſequenz es verlangt hätte, bei der alten Form ſtehen, ſondern man übertrug die mancherlei Vortheile, welche die neuen Inſtitute gewährten, auch auf die Verpfändung der Servituten. Doch geſchah dieſe Umwandlung des Pfandrechts zu einer Zeit, wo die Servitutenbildung noch nicht zu dem Abſchluß gelangt war, den ſie zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten erreichte, ſondern, wenn es auch ſchon neben jenen vier alten Servituten manche andere geben mochte, ſo waren doch nur jene vier zu einer feſten, immer gleichen und beſtimmt charakteriſirten

Geſtalt gelangt, und, was beſonders wichtig iſt, wahrſcheinlich war es nur bei ihnen allein Sitte geworden, ſie zum Gegenſtand der Verpfändung zu machen. Dieſe Sitte wurde denn dadurch conſolidirt, daß man ſie in die neue durch die Bildung der Hypothekenklage entſtandene Pfandrechtstheorie herübernahm, dagegen die neuen Bildungen, um den Umfang der Singularität nicht noch zu vergrößern, nicht dabei berückſichtigte. Dazu kommt nun noch, daß die Natur der vier Servituten derartig iſt, daß ſie durch einige Verabredung bei der Verpfändung ſo beſtimmt werden können, daß es, wenn auch nicht dem rechtlichen Begriffe, ſo doch dem faktiſchen Erfolge nach für den Eigenthümer gleichgültig ſein kann, ob der Nachbar A. oder der Nachbar B. künftig die Servitut erwerben wird, indem Richtung und Umfang des Wegs, Art der Benutzung u. ſ. w. möglicher Weiſe für alle Fälle gegeben ſein können, ſo daß die Individualität des Berechtigten daran nichts mehr zu ändern vermag. Es ließen ſich zwar noch manche andere Servituten auffinden, bei denen von vorne herein eine ſolche Fixirung ihres Inhalts ebenſo oder gar in noch höherem Grade möglich iſt, wie das z. B. der Fall iſt bei der Weideſervitut, wenn ſie für eine beſtimmte Anzahl Vieh beſtellt iſt; allein das römiſche Recht hat aus hiſtoriſchen Gründen die Anomalie nicht auch auf ſie ausgedehnt, und eine Vermehrung der verpfändbaren Servituten iſt, ſo lange man auf dem Boden des römiſchen Rechts ſteht, nicht zuläſſig.

Bis jetzt haben wir alſo eine durchgehende Verſchiedenheit zwiſchen servitutes praediorum rusticorum und urbanorum, die auf eine verſchiedene Structur beider Rechtsinſtitute hinweiſt, nicht aufgefunden.

§. 39.

Iſt es eine charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit der Urbanſervituten, daß zum Zweck ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengeſetzten Inhalt errichtet werden können?

Wir finden in den Quellen mehrfach Servitutenbildungen in der Weiſe bezeichnet, daß wir ihren Inhalt nur in einer ſolchen Befugniß zu finden vermögen, die an und für ſich dem Servitut-

ſetzten Punkte den muthmaaßlichen Willen der Conſtituenten ermitteln zu können, und darauf wird eben die Lage des herrſchenden und des dienenden Grundſtücks zu einander, das Bedürfniß des erſteren u. ſ. w. den entſchiedenſten Einfluß haben. Daß alſo das herrſchende Grundſtück feſt beſtimmt ſei, war die Vorausſetzung, unter der ſich die Regel von der Gültigkeit einer allgemein conſtituirten Wegegerechtigkeit bildete; deßhalb konnte man bloß durch die weitere Anwendung nie dahin kommen, daß eine Servitut conſtituirt werden dürfe, ehe das herrſchende Grundſtück beſtimmt war, oder mit andern Worten, daß eine Servitut verpfändet werden könne.

Die meiſten andern Erklärungsverſuche haben zur Vorausſetzung, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden können, und beſtreben ſich daher, dieſe Erſcheinungen auf innere, zwiſchen beiden Servituten beſtehende Verſchiedenheiten zurückzuführen. Daß dies ſeither in allgemein anerkannter und genügender Weiſe nicht gelungen iſt, mag auch ein Beweis für unſere ſeither ausgeführte Anſicht ſein, wonach die Verpfändbarkeit nur eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Waſſerleitungsſervituten iſt. Einen innern, aus dem Weſen dieſer Servituten mit Nothwendigkeit hervorgehenden Grund vermögen wir freilich auch nicht hierfür anzuführen, wohl aber möchte der Weg, auf welchem das Recht zu dieſem Reſultate gelangte, reconſtruirt werden können, und ſo doch wenigſtens ein hiſtoriſcher Grund für dieſe Eigenthümlichkeit aufzufinden ſein.

Wir führten oben aus, wie die Servituten auf dem Wege der fiducia oder des alten pignus immer verpfändet werden konnten, und dadurch mochte ſich die Sitte gebildet haben, auch dieſe als Vermögensobjecte zu behandeln, die eine Sicherheit für Forderungsrechte zu gewähren vermochte. Als ſich nun das Pfandrecht umgeſtaltete, blieb man für die Servituten nicht, wie die ſtrenge Conſequenz es verlangt hätte, bei der alten Form ſtehen, ſondern man übertrug die mancherlei Vortheile, welche die neuen Inſtitute gewährten, auch auf die Verpfändung der Servituten. Doch geſchah dieſe Umwandlung des Pfandrechts zu einer Zeit, wo die Servitutenbildung noch nicht zu dem Abſchluß gelangt war, den ſie zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten erreichte, ſondern, wenn es auch ſchon neben jenen vier alten Servituten manche andere geben mochte, ſo waren doch nur jene vier zu einer feſten, immer gleichen und beſtimmt charakteriſirten

Geſtalt gelangt, und, was beſonders wichtig iſt, wahrſcheinlich war es nur bei ihnen allein Sitte geworden, ſie zum Gegenſtand der Verpfändung zu machen. Dieſe Sitte wurde denn dadurch conſolidirt, daß man ſie in die neue durch die Bildung der Hypothekenklage entſtandene Pfandrechtstheorie herübernahm, dagegen die neuen Bildungen, um den Umfang der Singularität nicht noch zu vergrößern, nicht dabei berückſichtigte. Dazu kommt nun noch, daß die Natur der vier Servituten derartig iſt, daß ſie durch einige Verabredung bei der Verpfändung ſo beſtimmt werden können, daß es, wenn auch nicht dem rechtlichen Begriffe, ſo doch dem faktiſchen Erfolge nach für den Eigenthümer gleichgültig ſein kann, ob der Nachbar A. oder der Nachbar B. künftig die Servitut erwerben wird, indem Richtung und Umfang des Wegs, Art der Benutzung u. ſ. w. möglicher Weiſe für alle Fälle gegeben ſein können, ſo daß die Individualität des Berechtigten daran nichts mehr zu ändern vermag. Es ließen ſich zwar noch manche andere Servituten auffinden, bei denen von vorne herein eine ſolche Fixirung ihres Inhalts ebenſo oder gar in noch höherem Grade möglich iſt, wie das z. B. der Fall iſt bei der Weideſervitut, wenn ſie für eine beſtimmte Anzahl Vieh beſtellt iſt; allein das römiſche Recht hat aus hiſtoriſchen Gründen die Anomalie nicht auch auf ſie ausgedehnt, und eine Vermehrung der verpfändbaren Servituten iſt, ſo lange man auf dem Boden des römiſchen Rechts ſteht, nicht zuläſſig.

Bis jetzt haben wir alſo eine durchgehende Verſchiedenheit zwiſchen servitutes praediorum rusticorum und urbanorum, die auf eine verſchiedene Structur beider Rechtsinſtitute hinweiſt, nicht aufgefunden.

§. 39.

Iſt es eine charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit der Urbanſervituten, daß zum Zweck ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengeſetzten Inhalt errichtet werden können?

Wir finden in den Quellen mehrfach Servitutenbildungen in der Weiſe bezeichnet, daß wir ihren Inhalt nur in einer ſolchen Befugniß zu finden vermögen, die an und für ſich dem Servitut-

ſetzten Punkte den muthmaaßlichen Willen der Conſtituenten ermitteln zu können, und darauf wird eben die Lage des herrſchenden und des dienenden Grundſtücks zu einander, das Bedürfniß des erſteren u. ſ. w. den entſchiedenſten Einfluß haben. Daß alſo das herrſchende Grundſtück feſt beſtimmt ſei, war die Vorausſetzung, unter der ſich die Regel von der Gültigkeit einer allgemein conſtituirten Wegegerechtigkeit bildete; deßhalb konnte man bloß durch die weitere Anwendung nie dahin kommen, daß eine Servitut conſtituirt werden dürfe, ehe das herrſchende Grundſtück beſtimmt war, oder mit andern Worten, daß eine Servitut verpfändet werden könne.

Die meiſten andern Erklärungsverſuche haben zur Vorausſetzung, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden können, und beſtreben ſich daher, dieſe Erſcheinungen auf innere, zwiſchen beiden Servituten beſtehende Verſchiedenheiten zurückzuführen. Daß dies ſeither in allgemein anerkannter und genügender Weiſe nicht gelungen iſt, mag auch ein Beweis für unſere ſeither ausgeführte Anſicht ſein, wonach die Verpfändbarkeit nur eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Waſſerleitungsſervituten iſt. Einen innern, aus dem Weſen dieſer Servituten mit Nothwendigkeit hervorgehenden Grund vermögen wir freilich auch nicht hierfür anzuführen, wohl aber möchte der Weg, auf welchem das Recht zu dieſem Reſultate gelangte, reconſtruirt werden können, und ſo doch wenigſtens ein hiſtoriſcher Grund für dieſe Eigenthümlichkeit aufzufinden ſein.

Wir führten oben aus, wie die Servituten auf dem Wege der fiducia oder des alten pignus immer verpfändet werden konnten, und dadurch mochte ſich die Sitte gebildet haben, auch dieſe als Vermögensobjecte zu behandeln, die eine Sicherheit für Forderungsrechte zu gewähren vermochte. Als ſich nun das Pfandrecht umgeſtaltete, blieb man für die Servituten nicht, wie die ſtrenge Conſequenz es verlangt hätte, bei der alten Form ſtehen, ſondern man übertrug die mancherlei Vortheile, welche die neuen Inſtitute gewährten, auch auf die Verpfändung der Servituten. Doch geſchah dieſe Umwandlung des Pfandrechts zu einer Zeit, wo die Servitutenbildung noch nicht zu dem Abſchluß gelangt war, den ſie zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten erreichte, ſondern, wenn es auch ſchon neben jenen vier alten Servituten manche andere geben mochte, ſo waren doch nur jene vier zu einer feſten, immer gleichen und beſtimmt charakteriſirten

Geſtalt gelangt, und, was beſonders wichtig iſt, wahrſcheinlich war es nur bei ihnen allein Sitte geworden, ſie zum Gegenſtand der Verpfändung zu machen. Dieſe Sitte wurde denn dadurch conſolidirt, daß man ſie in die neue durch die Bildung der Hypothekenklage entſtandene Pfandrechtstheorie herübernahm, dagegen die neuen Bildungen, um den Umfang der Singularität nicht noch zu vergrößern, nicht dabei berückſichtigte. Dazu kommt nun noch, daß die Natur der vier Servituten derartig iſt, daß ſie durch einige Verabredung bei der Verpfändung ſo beſtimmt werden können, daß es, wenn auch nicht dem rechtlichen Begriffe, ſo doch dem faktiſchen Erfolge nach für den Eigenthümer gleichgültig ſein kann, ob der Nachbar A. oder der Nachbar B. künftig die Servitut erwerben wird, indem Richtung und Umfang des Wegs, Art der Benutzung u. ſ. w. möglicher Weiſe für alle Fälle gegeben ſein können, ſo daß die Individualität des Berechtigten daran nichts mehr zu ändern vermag. Es ließen ſich zwar noch manche andere Servituten auffinden, bei denen von vorne herein eine ſolche Fixirung ihres Inhalts ebenſo oder gar in noch höherem Grade möglich iſt, wie das z. B. der Fall iſt bei der Weideſervitut, wenn ſie für eine beſtimmte Anzahl Vieh beſtellt iſt; allein das römiſche Recht hat aus hiſtoriſchen Gründen die Anomalie nicht auch auf ſie ausgedehnt, und eine Vermehrung der verpfändbaren Servituten iſt, ſo lange man auf dem Boden des römiſchen Rechts ſteht, nicht zuläſſig.

Bis jetzt haben wir alſo eine durchgehende Verſchiedenheit zwiſchen servitutes praediorum rusticorum und urbanorum, die auf eine verſchiedene Structur beider Rechtsinſtitute hinweiſt, nicht aufgefunden.

§. 39.

Iſt es eine charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit der Urbanſervituten, daß zum Zweck ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengeſetzten Inhalt errichtet werden können?

Wir finden in den Quellen mehrfach Servitutenbildungen in der Weiſe bezeichnet, daß wir ihren Inhalt nur in einer ſolchen Befugniß zu finden vermögen, die an und für ſich dem Servitut-

berechtigten ſchon in Folge ſeines Eigenthums an der herrſchenden Sache zuſtehen müßte, ſo daß die Erwerbung derſelben auf dem Wege der Servitutterrichtung nur da zu erklären iſt, wo ihm durch beſondere vorhergegangene Umſtände dieſe Befugniß entzogen war. So verhält es ſich hinſichtlich der servitus, oder wie ſie häufig heißt, des ius altius tollendi[a]), welches nur in dem Recht beſtehen kann, ſein Haus nach Belieben höher zu bauen, ferner hinſichtlich des ius officiendi luminibus[b]), welches die Befugniß verleiht, auf ſeinem Grundſtück Veränderungen vorzunehmen, auch wenn dadurch das Licht des Nachbars beeinträchtigt wird[c]).

Zur Erklärung dieſer Erſcheinung hat man ſehr häufig den Weg eingeſchlagen, eine geſetzliche Eigenthumsbeſchränkung zu ſubintelligiren, in Folge deren der Bau eines Hauſes über eine beſtimmte Höhe zu Gunſten der Nachbarhäuſer und ferner jede Veränderung, wodurch das Licht eines Hauſes verringert wird, verboten geweſen ſein ſoll, und will dann den Inhalt der genannten Servituten dahin beſtimmen, daß ſie dieſe geſetzliche Eigenthumsbeſchränkung in derſelben Weiſe aufheben, wie nach l. 2 § 10 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3 die geſetzliche Beſchränkung, vermöge deren man den Abfluß des Grundwaſſers der Nachbargrundſtücke tragen muß, durch eine Servitut beſeitigt werden kann. Von der letztern Eigenthumsbeſchränkung wird uns denn auch ausdrücklich und zwar ſchon von einem klaſſiſchen Juriſten berichtet[d]), und da ſie nur und allein zum Vortheil der Nachbargrundſtücke dienen konnte, ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß ſie durch Uebereinkommen der Privaten aufgehoben werden kann; ob es aber üblich geweſen iſt, hierzu den Weg der Servitutbeſtellung zu wählen, und ob nicht der einfache Conſens des betreffenden Nachbars genügt habe, um jede Veränderung vor-

---

a) Gaius II, 31 und IV, 3; § 2 J. de act. 4, 6; l. 1 pr. l. 2 de S. P. U. 8, 2; l. 2 de S. P. R. 8, 3; l. 26 de exc. rei iud. 44, 2.

b) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

c) Die servitus stillicidii non recipiendi oder non avertendi laſſen wir einſtweilen außer Acht, um ſie am Schluſſe dieſes Paragraphen beſonders zu beſprechen.

d) Ulpian in l. 11 de S. P. U. 8, 2; l. 12 § 1 und l. 13 C. de aed. priv. 8, 10.

zunehmen, könnte zweifelhaft erſcheinen. Doch ſpricht dagegen, daß Zeno es in ſeinem Polizeigeſetz über die bauliche Anlage der Häuſer [l. 12 § 1 C. de aed. priv.] für nöthig hielt, die Wirkſamkeit derartiger pacta und stipulationes beſonders hervorzuheben, ſo daß ſie alſo nicht ſo ſehr häufig geweſen ſein müſſen, und ferner läßt ſich nicht leugnen, daß, wenn auch da, wo man ſofort bauen wollte, der einfache Conſens denſelben Vortheil verleihen konnte, wie eine derartige Servitut, ſich doch dagegen dieſe viel brauchbarer bewähren mußte, wo man ein ſolches Recht zur beliebigen Veränderung ſeiner Baulichkeiten für die Zukunft und auch Singularſucceſſoren des jetzigen Nachbarn gegenüber erhalten wollte, und ſo kann man in genügender Weiſe die servitus luminibus officiendi als beſtimmt zur Aufhebung der geſetzlichen Eigenthumsbeſchränkung erklären.

Weniger wird dies hinſichtlich der servitus altius tollendi gelingen. Mit Sicherheit läßt ſich wohl erweiſen, daß ſchon zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten Vorſchriften beſtanden, welche normirten, wie hoch ein Haus, wenigſtens in Rom, gebaut werden dürfe[e]); daß dieſe Vorſchriften lediglich zu Gunſten der Nachbarn gedient haben, und mit deren Zuſtimmung abgeändert werden konnten, iſt aber unerwieſen, ja ſogar durchaus unwahrſcheinlich, da auch das öffentliche Wohl durch ſolche übermäßig hohe Bauten gefährdet werden konnte, und es ferner eine höchſt unſichere Sache blieb, wie weit die ſchädliche Wirkung eines ſolchen Höherbaues ging, und welche Umwohner daher vorher zu befragen waren. Demnach ſpricht nicht einmal einige Wahrſcheinlichkeit für eine ſolche Auffaſſung der servitus altius tollendi, und wenn ſie auch noch immer ihre Vertheidiger findet, ſo hat ſich doch wohl die Mehrzahl der Schriftſteller davon abgewendet, und einige Diſſentienten abgerechnet, die Verſuche gemacht haben, deren Unhaltbarkeit ſich leicht erweiſt[f]), eine andere Erklärung angenommen, die ohne dies noch durch die Auctorität des Theophilus unterſtützt wird.

Dieſer umſchreibt nämlich das im § 1 J. de servit. als ſtädtiſche Servitut erwähnte Recht, ut stillicidium vel flumen non recipiat

e) Sueton. Oct. c. 89; Strabo Geogr. V, 21; Tacit. Annal. XV, 43; Epit. vit. Trai. c. 13. L. 1 C. de aedif. priv. 8, 10.

f) Vgl. von Bangerow, Leitfaden I. S. 834 und 835.

quis in aedes suas vel in aream vel in cloacam in ſeinem Commentar in folgender Weiſe: „Du hatteſt das Recht, vermöge deſſen Du den Tropfenfall von Deinem Ziegeldach auf mein Haus fließen laſſen konnteſt, und ich bat Dich, Du möchteſt Deinen Tropfenfall doch nicht auf meine Ziegeln fließen laſſen". Wenn wir nun auch, wie wir ſpäter ausführen werden, dieſe Auffaſſung des Theophilus für die servitus stillicidii non recipiendi nicht billigen können, ſo möchte ſein Ausſpruch doch beitragen, um wahrſcheinlich zu machen, daß manche Servituten durch Errichtung entgegengeſetzter Servituten aufgehoben wurden. Zwar erſcheint es auffallend, daß das römiſche Recht die Rückkehr zur Freiheit als eine neue Servitutbeſtellung habe gelten laſſen, und die einfache Vernichtung der frühern Servitut nicht genügt haben ſollte, um dem Eigenthümer des ſeither dienenden Grundſtücks die veräußerte Eigenſchaft zurückzuerſtatten, zumal da auf jene Weiſe künſtlich wieder ein doppeltes Servitutenband zwiſchen beiden Grundſtücken fingirt wird, die doch nach der letztern Weiſe von jetzt an völlig unabhängig nebeneinander ſtehen, und alſo das Rechtsverhältniß nur complicirter wird. Um hierfür ein Verſtändniß finden zu können, wird es von Nutzen ſein, wenn man ſich das Verfahren vergegenwärtigt, welches bei jeder Aufhebung einer Servitut ſtattzufinden pflegte.

Wir haben im § 10 S. 98 geſagt, die Servitut erlöſche, wenn ſie keinen Träger habe, und falle dann die veräußerte Eigenſchaft nothwendig an den Eigenthümer der ſeither dienenden Sache zurück; da ſie nun weiter ein Vermögensrecht iſt, welches aufgegeben werden kann, ſo ſollte man folgern, daß allein ſchon durch den ausgeſprochenen Verzicht Seitens des Berechtigten, oder durch entſprechende Handlungen desſelben, die einen derartigen Willen unzweideutig zu erkennen geben, die dem Eigenthümer ſeither entzogene Befugniß unbeſchränkt für ihn aufleben müſſe. Wenn dies auch für das juſtinianeiſche Recht als ein feſtſtehendes Reſultat angeſehen werden kann, ſo ſcheint dasſelbe doch keinenfalls auch für das vorjuſtinianeiſche Recht unangefochten gegolten zu haben; vielmehr müſſen wir uns daran erinnern, daß ſelbſt hinſichtlich des Eigenthums von den Proculejanern nicht zugeſtanden wurde, daß dasſelbe durch bloße Dereliction untergehe, vielmehr verlangten ſie außerdem noch Occupation Seitens eines

Dritten[g]). Wandte man dieſe Anſicht analog auf die Servituten an, ſo gingen ſie dem Berechtigten durch ſeine bloße Derelictiou noch nicht verloren, und alſo überhaupt auch nicht unter; von Dritten konnten ſie aber ihrer Unveräußerlichkeit wegen nicht occupirt werden, vom Eigenthümer dagegen nicht, weil niemand an eigener Sache eine Servitut haben konnte. Ja ſelbſt wenn man dieſen Satz nicht ſo rigoriſtiſch anwenden und nur Occupation der in der Servitut enthaltenen Befugniß verlangen wollte, konnte man einwenden, es fehle an einer geeigneten Occupationshandlung, da überall, wo die Servitut nicht ausgeübt würde, der Eigenthümer kraft ſeines Eigenthums zu handeln befugt ſei, und man daher nicht erkennen könne, wo er auf Grund ſeines ſchon erworbenen Rechtes handle und, wo er eine neue Befugniß durch ſeine Handlung erwerben wolle. In dieſer Weiſe mußte nach der Anſicht der Proculejaner die Derelictiou für Servituten ein unanwendbares oder wenigſtens ſehr unſicheres Inſtitut ſein, und es ſcheint, als ob die Sabinianer, die hinſichtlich der Derelictiou des Eigenthums andere Anſichten hatten, hierin den Proculejanern gefolgt ſein oder, als ob wenigſtens der römiſche Verkehr ſich, vielleicht aus Furcht vor der Anſicht der Proculejaner, der Derelictiou als Aufhebungsform für die Servituten nicht bedient habe[h]). Denn ſonſt erſcheint es unbegreiflich, wie man ſich zum Zweck des Verzichts auf die Servitut der umſtändlichen Form der in iure cessio bedienen konnte, wovon wir doch ſo manche Spuren für Real- wie Perſonalſervituten in den Quellen finden[i]).

Denn was Derelictiou nicht vermochte, das konnte auch weiter ſchon in Folge der Regel: quoquo modo contrahitur, eodem dissolvitur, ein einfacher Vertrag nicht bewirken, und wenn er auch dem Paciscenten gegenüber, der dennoch die Ausübung der Servitut beanſpruchte, eine exceptio doli ſchaffen, und ſo Veranlaſſung zum Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch werden konnte, ſo hob

---

g) L. 2 § 1 pro derel. 41, 7; l. 43 § 5 de furt. 47, 2.

h) Das derelinquere usumfructum in l. 64 und l. 65 de usufr. 7, 1 heißt wohl nicht den Ususfruct derelinquiren im techniſchen Sinne, ſondern überhaupt nur ihn aufgeben.

i) Vgl. § 28 S. 258.

er ſelbſt doch die Servitut in ihrem Beſtande nicht auf, ja, während ein bei Errichtung der Servitut abgeſchloſſener Vertrag, wie wir § 19 S. 181 ſahen, jedem künftigen Innehaber der herrſchenden Sache gegenüber eine ſolche Exception ſchafft, da er ein Theil der lex servitutis wird, wird ein ſolcher Remiſſionsvertrag, der, wie geſagt, das Weſen der Servitut nicht zu ändern vermochte, nur für die Paciscenten und deren Erben bindend geweſen ſein, ſo daß die Servitut, auf die der Berechtigte verzichtet hatte, unter Umſtänden wieder aufleben konnte. Wie aber ſchon im klaſſiſchen Rechte ein Vertrag, wenn Tradition, d. h. Geſtattung der Ausübung, hinzutrat, eine Servitut zu ſchaffen vermochte, die wenigſtens der Prätor mit ſeinem vollen Schutz bekleidete, ſo wird man auch dem Vertrage mit hinzutretender Tradition die Kraft haben zugeſtehen müſſen, daß er die Servitut wenigſtens nach prätoriſchem Rechte ganz aufhebe, und ſo erklären ſich viele Stellen, welche den Untergang der Servitut durch einen remiſſoriſchen Vertrag anerkennen[k]). Allein immer gelangte erſt eine ſpätere Entwickelung dazu, auf dieſe Weiſe die Servituten untergehen zu laſſen.

Hiernach erſcheint es erklärlich, daß die in iure cessio das Geſchäft war, durch welches herkömmlich auf die Servitut Seitens des Berechtigten verzichtet wurde. Um auf den Gegenſtand zurückzukommen, der uns zu dieſer Frage geführt hat, ſo wird es nützlich ſein, ſich ein Bild der Formel zu machen, wie ſie bei der ſolennen Receſſion üblich war. Glücklicher Weiſe iſt uns dieſe in zwei Stellen erhalten, indem Pomponius in l. 21 de S. P. U. 8, 2 ſagt:

> Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero, *ius esse invito me altius tollere aedificia tua* u. ſ. w.

und ebenſo in l. 20 de S. P. R. 8, 3:

> Item si et ducere per tuum fundum aquam iure potuero, et in eo tibi aedificare invito me ius non fuerit, si tibi concessero, *ius esse aedificare*[l]).

---

k) L. 8 quemadm serv. amitt. 8, 6; l. 17 comm. pr. 8, 4; l. 4 § 12 de doli mali exc. 44, 4.

l) Es iſt in beiden Stellen wahrſcheinlich von den Compilatoren dasſelbe

In derſelben Weiſe alſo, wie in l. 4 § 7 si serv. vind. 8, 5 das Verfahren einer negatoriſchen Klage beſchrieben wird, worin der Eigenthümer das Vorhandenſein einer servitus altius non tollendi ableugnet[m]), wird hier in dem Scheinverfahren der Eigenthümer mit den Worten aufgetreten ſein:

Ius mihi est invito te altius tollere aedificia mea

und der Servitutberechtigte cedirte ihm dann das beanſpruchte ius altius tollendi und alſo nicht das ſeither von ihm, dem Berechtigten, innegehabte ius altius non tollendi[n]). Stellen wir daneben die Formel, welche bei Errichtung von Servituten angewandt wurde, ſo erklärte z. B. bei Errichtung einer servitus tigni immittendi der künftige Servitutberechtigte:

Ius mihi est, invito te tignum immittere in aedificia tua,

und der Eigenthümer cedirte dann das Recht. Man ſieht, wie ſich beide Fälle äußerlich ganz gleich darſtellen, wie in einem Falle der Eigenthümer, in dem andern der Servitutberechtigte ein Recht zur Vornahme einer poſitiven Handlung vindicirte, und man begreift daher, wie die Römer dahin gelangen konnten, ebenſo wie im letztern Falle von einem ius tigni immittendi geſprochen wurde; im erſtern Falle ein ſelbſtändiges ius altius tollendi anzunehmen, zumal die negatoriſche Klage, welche dieſes Recht ſchützte, dieſelbe äußere Aehnlichkeit mit der confeſſoriſchen in jenem Falle hatte. So ward das ius tigni immittendi bei der Synonimität von ius und servitus zur servitus tigni immittendi, und das führte denn dahin, die zum Schutz dieſes Rechts gegebene Klage als confeſſoriſche im Gegenſatz

---

Verfahren eingehalten worden, was in allen von den Servituten handelnden Titeln des Corpus Juris ſo oft zu bemerken iſt. — ſie haben nämlich ſtatt in iure cessero oder dem einfachen cessero zur Verwiſchung der antiquirten Entſtehungsform ein concessero geſetzt. Vgl. von Scheurl Zeitſchr. für geſch Rechtsw. Bd. 12 S. 239.

m) Hoc igitur intendo, habere me ius altius tollendi invito eo, cum quo ago.

n) Vgl. die Ausführungen im § 5 S. 43–48. Wenn darnach durch eine Servitutbeſtellung der Eigenthümer etwas anders verlieren kann, als der Servitutberechtigte erwirbt, ſo muß er auch durch den Untergang der Servitut etwas anders erwerben können, wie dieſer verliert.

zur negatoriſchen aufzufaſſen[o]), obgleich ſie doch auch von andern wieder als die letztere bezeichnet wird[p]).

Dieſe Auffaſſung einer derartigen Receſſion als Ceſſion einer neuen Servitut ſcheint häufig noch dadurch begünſtigt zu ſein, daß durch dieſelbe nicht immer der ganze Inhalt der alten Servitut aufgelößt wurde, ſondern daß dem Eigenthümer nur bis zu einem gewiſſen Grade die Ausübung der ihm ſeither entzogenenen Befugniß geſtattet werden konnte. Africanus ſpricht in l. 26 pr. de exc. rei iudic. 44, 2[q]) von einem Falle, wo der Eigenthümer die Klage erhob, er habe das Recht zehn Fuß höher zu bauen, und damit abgewieſen war. Wenn er nun ſpäter klagte, er habe das Recht 20 Fuß oder 10 andere Fuß höher zu bauen, ſo ſoll er auch abgewieſen werden. Die Zuläſſigkeit der Klage im Allgemeinen wird durchaus nicht beanſtandet, ſondern im Gegentheil vorausgeſetzt, und ſo muß auch durch ſcheinbare Anſtellung derſelben bei der in iure cessio die servitus altius non tollendi theilweiſe aufgehoben ſein. Viele haben nun grade hier den eigentlichen Zweck der servitus altius tollendi und ihrer Genoſſen geſucht, indem ſie ſagten, eine Servitut könne ihrer Untheilbarkeit wegen nicht theilweiſe aufgehoben werden, und deßhalb habe das römiſche Recht Entſtehung einer neuen Servitut angenommen, welche die alte noch fortbeſtehende theilweiſe paralyſire[r]). Doch geht man meiner Anſicht nach hier von einer falſchen Vorausſetzung aus. Denn der Grund der Untheilbarkeit der

---

o) *Gaius* IV. 3; § 2 J. de act. 4, 6.

p) L. 4 § 7 si serv. vind. 8, 5.

q) Egi tecum, ius mihi esse aedes meas usque ad decem pedes altius tollere, post ago, ius mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere; exceptio rei iudicatae proculdubio obstabit. Sed et si rursus ita agam, ius mihi esse altius ad alios decem pedes tollere, obstabit exceptio, quum aliter superior pars iure haberi non possit, quam si inferior quoque iure habeatur.

r) Hiergegen iſt der Satz: servitus servitutis esse nequit geltend gemacht; allein dieſer Einwand wird nicht ſtichhaltig ſein, wenn man mit uns den Grund dieſes Satzes in dem andern Satz findet, daß Realſervituten unveräußerlich ſeien [§ 26 S. 224]; denn an den Eigenthümer der belaſteten Sache kann die Servitut ſtets veräußert werden, und daher dürfte zu ſeinen Gunſten auch eine Servitut daran beſtellt werden können.

Servituten, wenn man ſie in dem Sinne nimmt, daß ſelbſt der Berechtigte nicht über einen Theil allein verfügen kann, iſt nur darin zu ſuchen, daß die ausſchließliche Benutzung eines Theils aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, unmöglich iſt; wo dieſe Unmöglichkeit aufhört, fällt auch jene Untheilbarkeit weg, und wie der Servitutberechtigte für einen körperlichen Theil des dienenden Grundſtücks jeder Zeit verzichten kann[s]), ſo kann er auch, wenn die Servitut mehrere Befugniſſe verleiht, auf eine derſelben ausſchließlich verzichten, falls nur die übrigen noch ohne dieſe ausgeübt werden können. Das Recht, jeden Höherbau zu unterſagen, läßt ſich nun aber zu dieſem Zweck gleichſam in mehrere Befugniſſe auflöſen, nämlich in die, zunächſt den Höherbau für die erſten ſo und ſo viel Fuß oberhalb des jetzt vorhandenen Niveaus zu unterſagen, und dann in die, ihn für die folgenden ſo und ſo viel Fuß zu unterſagen, und ſo fort. Und da nun die letztern noch einen Werth behalten, auch wenn die erſte untergegangen iſt, ſo wird dieſe auch ausſchließlich durch die Receſſion vernichtet werden können[t]). Deßhalb möchte meines Erachtens das römiſche Recht zu einer ſolchen theilweiſen Aufhebung der Realſervituten dieſer eigenthümlichen auf das Gegentheil der beſtehenden Servituten gerichteten Bildungen durchaus nicht mit Nothwendigkeit bedurft haben, und dafür, daß ſie hierauf nicht allein beſchränkt waren, ſondern auch benutzt wurden, um eine Servitut gänzlich aufzuheben, ſpricht auch der Umſtand, daß nirgends, wo von der servitus altius tollendi in den Quellen die Rede iſt, irgend welche Beſchränkung derſelben auf eine beſtimmte Höhe angegeben, ſondern ſie immer neben der servitus altius non tollendi ſo allgemein, wie dieſe, genannt wird.

Demnach wird nur allein in der bei der Receſſion üblichen Form der Grund der Ausbildung derartiger Servituten zu ſuchen ſein. Sie ſind aber auch mit der Eintheilung der Servituten in Urban- und Ruſticalſervituten in Verbindung gebracht worden, indem nur die Aufhebung der erſteren vermittelſt derſelben möglich ſein ſoll, und dieſe Erſcheinung wird dann mitbenutzt, um den Beweis für die

s) L. 6 de serv. 8, 1.

t) Wir werden auf die Frage von der theilweiſen Erlöſchung einer Servitut in einem ſpätern Theile zurückkommen müſſen.

Behauptung zu erbringen, daß durch die Beſtellung einer Urbanſervitut ein intellektueller Theil des Eigenthums wirklich dem Rechte nach von demſelben abgelöſt und auf den Servitutberechtigten übergegangen ſei, der daher nur auf dem Wege der Servitutbeſtellung an den Eigenthümer zurückfallen könne[a]). Wir haben ſchon im § 5 S. 48—50 eine ſolche Auffaſſung für alle, und demnach auch für die ſtädtiſchen Servituten aus innern Gründen verwerfen müſſen; außerdem müſſen wir aber auch den Vorderſatz für unerwieſen halten und können es nicht als eine Eigenthümlichkeit der Urbanſervituten anſehen, daß ſie durch Errichtung ſolcher Servituten aufgehoben wurden, vielmehr möchte darin eine Eigenheit der negativen Servituten und auch nur dieſer zu ſuchen ſein.

Denn ſo leicht die bei der Receſſion ſolcher Servituten gebrauchte Formel Veranlaſſung werden konnte, um das Recht des Eigenthümers als eigene Servitut aufzufaſſen, ſo wenig war dies bei den poſitiven Servituten möglich. Nehmen wir, um zugleich auf die obige Stelle des Theophilus näher einzugehen, als Beiſpiel die servitus stillicidii recipiendi, alſo das Recht, den Tropfenfall von ſeinem Dache auf das benachbarte Grundſtück träufeln zu laſſen, ſo war dem Eigenthümer der belaſteten Sache nicht das ius stillicidii ſelbſt entzogen, ſondern nur das Recht, jenes stillicidium zu unterſagen. Die in iure cessio konnte daher auch nicht darin beſtehen, daß er ſich ein ius stillicidii vindicirte, ſondern nur darin, daß er das Recht in Anſpruch nahm, jenes stillicidium hindern zu dürfen; dies that er aber, da die in iure cessio einer Servitut an den Eigenthümer nach den oben beſprochenen Stellen dadurch geſchah, daß dieſer ſcheinbar die negatoriſche Klage anſtellte, wahrſcheinlich mit den Worten: tibi ius non est, stillicidium invito me in aedes meas vel in aream vel in cloacam immittere, und der Cedent erklärte dann: mihi ius non est u. ſ. w. Dieſes Verfahren, wie es ſich aus der Natur der Servituten und der in iure cessio ergiebt, konnte nun unmöglich Veranlaſſung werden, um dem Eigenthümer irgend welche Servitut zuzuſprechen, da in der Receſſion ja nur ein Recht dem Servitutberechtigten abgeſprochen, nicht dem Eigenthümer ausdrücklich eins ertheilt wurde, und demnach muß auch die im § 1 J. de serv. II,

a) Von Vangerow, Leitfaden I. § 342 Anm. 3 S. 831 ff.

3 erwähnte servitus, ut stillicidium non recipiat, trotz der Erklärung des Theophilus einen andern Sinn haben. Dafür spricht aber auch der Wortlaut der Stelle. Denn während die unmittelbar vorhergehende servitus, ut stillicidium in aedes suas, vel in aream vel in cloacam recipiat so zu verstehen ist, daß der Nachbar den Tropfenfall aufnehmen muß, soll der unmittelbar auf jene Worte folgende Satz: vel non recipiat, nach der Erklärung des Theophilus bedeuten, daß der Servitutberechtigte nicht aufzunehmen braucht, so daß in den ganz gleich construirten Sätzen beim ersten recipiat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, beim zweiten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das Subject bildet.

Wenn wir daher hier der Ansicht des Theophilus unbedingt folgen wollten, so könnten wir es nur auf Kosten der Wahrscheinlichkeit und nur, indem wir den Verfassern der Institutionen oder gar dem Juristen, dessen Werk hier zu Grunde lag, eine durchaus ungenaue und unjuristische Fassung vorwerfen, während eine andere Erklärung dieser Stelle einen in jeder Beziehung untadelhaften Sinn giebt, und zur Annahme derselben sind wir um so mehr berechtigt, als das ganze Institut, von dem hier die Rede ist, auf der zu Justinians Zeit gewiß außer Uebung gekommenen Cession der Servituten an den Eigenthümer beruht, und Theophilus daher, da ihm die Anschauung der Praxis fehlte, nur auf ältere Berichte angewiesen war, wo eine Verwechselung der Fälle, in denen Servituten zur Aufhebung anderer Servituten benutzt wurden, mit einem solchen, wo dies nicht üblich war, um so leichter geschehen konnte.

Zu der richtigen Erklärung der servitus ut non recipiat gelangen wir aber schon durch einfache Uebersetzung der Institutionenstelle; dort wird nebeneinander genannt das Recht, vermöge dessen der Nachbar meinen Tropfenfall aufnimmt [d. h. aufnehmen muß], und das, vermöge dessen er seinen Tropfenfall nicht in sein Haus, seine Baustelle oder Kloake aufnimmt [d. h. nicht aufnehmen darf], oder mit andern Worten, vermöge dessen er sein Regenwasser nicht ableiten darf, sondern mir, dem Servitutberechtigten, zukommen lassen muß. In einer andern Stelle, die einen ähnlichen Gegensatz hat[v]),

v) L. 2 de S. P. U. 8. 2 *Gaius*. — Urbanorum praediorum iura talia sunt .... stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi.

wird die letztere Servitut bezeichnet als ius stillicidium non avertendi, also ganz analog der servitus altius non tollendi, in Folge dieser darf der Nachbar nicht auf seinem Grundstück bauen, in Folge jener darf er das Regenwasser nicht von seinem Dache ableiten. Als eine in dieser Weise auf den Bezug von Regenwasser gerichtete Servitut haben wir von der servitus stillicidium oder flumen non avertendi schon im § 17 S. 156 und 166 gesprochen und uns dort schon die Geschichte ihrer Entstehung klar zu machen gesucht. Durch die l. 28 de S. P. U. 8, 2, bei deren Interpretation wir von ihr sprachen, wird auch unsere Auffassung derselben wesentlich unterstützt, indem der Satz „id neque flumen esse" nur durch die Beziehung auf die servitus fluminis non avertendi in unserm Sinne eine genügende Erklärung findet. — Da diese nun aber nach dem Obigen eine selbständige negative Servitut war, so ist es möglich, daß auch ihre Aufhebung, bei welcher der Eigenthümer des seither dienenden Grundstücks vindicirte: ius mihi est invito te avertendi, als Bestellung eines ius avertendi aufgefaßt wurde, welches also, wie das ius altius tollendi, nur die Befugniß gab, auf eigenem Grundstück die fragliche Handlung vorzunehmen. Doch ist auch möglich, daß hier eine solche Bezeichnung nicht üblich war, und daß das von Gaius in der l. 2 erwähnte ius avertendi dasselbe Recht ist, welches die Institutionen bezeichnen als die servitus, ut vicinus stillicidium recipiat, so daß also der Berechtigte auf das fremde Grundstück die Ableitung vornehmen mußte. Welche der beiden Bedeutungen dieser Servitut zukommt, kann nur der im Verkehr damals übliche Sprachgebrauch entscheiden, und über diesen ist uns nichts weiter erhalten.

Auf jeden Fall glauben wir annehmen zu können, daß die Erwähnung der eben behandelten Servituten unsere Behauptung, daß nur negative Servituten durch Bestellung entgegengesetzter Servituten aufgehoben werden können, nicht zu widerlegen vermag, und so gelangen wir dahin, daß ein durchgreifender Unterschied zwischen Rustical- und Urbanservituten auch in dieser Beziehung nicht stattfindet, oder richtiger, da seit dem Aufhören der in iure cessio von einer solchen Servitutterrichtung lediglich zum Zwecke der Aufhebung anderer Servituten nicht mehr die Rede sein kann, nicht stattgefunden hat.

§ 40.

Welche Servituten gehen ſchon durch bloßen Nichtgebrauch unter, welche erſt, wenn die Freiheit uſucapirt iſt?

Um das Material voranzuſchicken, welches uns unſere Quellen zur Beantwortung der obigen Frage bieten, ſo iſt von jeher das Hauptgewicht auf die l. 6 de S. P. U. 8, 2[a]) gelegt worden, in der Gaius zwei Kategorieen von Servituten aufſtellt: die Angehörigen der einen, die er als servitus praediorum rusticorum bezeichnet, ſollen durch bloßen Nichtgebrauch untergehen, die andern aber erſt, wenn der Eigenthümer der dienenden Sache dieſelbe in einen Zuſtand geſetzt hat, wo ſie nicht mehr ausgeübt werden können, und er dann die ſo in Beſitz genommene Freiheit uſucapirt hat. Welche Rechte dieſe letztere Kategorie bilden ſollen, iſt in der Stelle nicht ausdrücklich geſagt, da ſie ſich auf einen vorhergehenden Satz bezieht, den die Compilatoren weggeſchnitten haben; daß es aber die servitutes praediorum urbanorum waren, erhellt aus der Stellung, die man dieſem Geſetze in dem 2ten Titel des 8ten Buchs gegeben hat, und wahrſcheinlich iſt es ſogar, daß die Worte „Haec autem iura“ früher in unmittelbarem Zuſammenhange mit der l. 2 desſelben Titels[b]) ſtanden, die gleiche Ueberſchrift trägt, und von

a) *Gaius* libro VII. ad Edictum provinciale. — *Haec autem iura* similiter, ut *rusticorum quoque praediorum*, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublata habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

b) Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi; item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi; item immittendi tigna in parietem vicini, et denique proiiciendi protegendive, ceteraque istis similia.

der die Compilatoren ſie durch drei Einſchiebſel trennten, welche die l. 2 erklären ſollen. Demgemäß braucht Gaius dann auch in der l. 6 zur Erläuterung ſeiner Regel von der Nothwendigkeit der usucapio libertatis als Beiſpiele die servitus altius non tollendi, luminibus non officiendi und tignum immittendi. Wenn dieſer Stelle gegenüber gleichwohl daran gezweifelt wird, ob alle ländliche Servituten durch bloßen Nichtgebrauch erlöſchen, ſo ſtützt man ſich beſonders auf die auch ſchon von uns [im § 1 S. 12] erwähnte Beobachtung, daß Gaius überall nur die vier alten Servituten, iter, actus, via und aquaeductus als Ruſticalſervituten nennt, ſo daß es deßhalb auch möglich iſt, daß er auch hier nur dieſe im Sinne hat und alſo für die übrigen ländlichen Servituten keine Entſcheidung giebt.

Eben ſo wenig wird dieſe gegeben in l. 6 de fund. dot. 23, 5[c]), da aus dem Nichterwähnen der ländlichen Servituten nichts gefolgert werden kann. Man hat freilich in der unmittelbar vorhergehenden auch von Ulpian, aber aus einem andern Buch ſtammenden l. 5[d]) eine Beziehung auf den Untergang der letztern (hier als servitutes fundi bezeichnet) durch bloßen Nichtgebrauch finden wollen. Allein nichts berechtigt uns, den allgemeinen Ausdruck amittere auf den ſpeciellen Fall des Verluſtes durch Nichtgebrauch zu beziehen, vielmehr weißt eher der Gegenſatz von imponere auf einen Verzicht vermittelſt eines Rechtgeſchäfts hin.

Von den übrigen Stellen, die auf dieſe Lehre Bezug haben, beſtätigen manche mehr oder weniger ausdrücklich für einzelne der oben genannten ſtädtiſchen Servituten, daß Freiheitserſitzung nöthig ſei, ſo hinſichtlich der servitus altius non tollendi die l. 7, l. 32 § 1 de S. P. U. 8, 2; l. 17 comm. praed. 8, 4; l. 6 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 4 § 29 de usurp. 41, 3 — hinſichtlich der servitus

---

c) *Ulpianus* libro V. de adulteriis. — Sed nec libertas servitutis urbano praedio dotali debitae competit, ne per hoc deterior conditio praedii fiat.

d) *Ulpianus* libro II. de omnibus tribunalibus. — Julianus libro XVI. Digestorum scripsit: neque servitutes fundo debitas posse maritum *amittere*, neque ei alias imponere. Der Florentiner Codex hat ſtatt amittere — mittere, die Baſiliken weiſen auf remittere, vgl. Zachariä von Lingenthal S. 81.

tigni immittendi l. 18 § 2 quemadm. serv. amitt. 8, 6e). Dagegen wird auch auf der andern Seite durch eine sehr große Reihe von Stellen der Satz bestätigt, daß die Wege- und Wasserleitungsservituten schon untergehen, falls sie vom Berechtigten nicht ausgeübt werden f). Ferner haben wir eine Stelle von Paulus, die dieselbe Regel giebt, nämlich Rec. Sent. l. 17:

> § 1. Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur; nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur g).

---

e) Wenn Ulpian in l. 8 § 4 si serv. vind. 8, 5 davon spricht, daß der Berechtigte durch Nichtgebrauch diese Servitut verloren habe, so folgt daraus nicht, daß dieser Jurist eine abweichende Ansicht hat, sondern er hat vorliegend nur Interesse, als Grund des Untergangs den Umstand zu nennen, den der Verlierende veranlaßte. Daß dieser allein noch nicht wirkt, sondern noch eine Thätigkeit auf Seiten des Berechtigten hinzukommen muß, war eine Sache, die Ulpian als selbstverständlich ansehen mochte.

f) Vom Untergang von Servituten durch Nichtgebrauch spricht allgemein l. 15 de pignor. act. 13, 7 —

vom Untergang der Wegeservituten l. 18 de S. P. R. 8, 3; l. 9 § 1 si serv. vind. 8, 5; l. 2, 5, 6, 7, 8 § 1, l. 11 pr. l. 12, 13, 14 pr. l. 20—25 quemadm. serv. amitt. 8, 6, l. 14 C. de serv. 3, 34 —

vom Untergang der Wasserleitungsservitut l. 34 und 35 de S. P. R.; l. 9 § 1 si serv. vind.; l. 9, 10, 12, 16, 18, 19 quemadm. serv. amitt.; l. 17 pr. de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3; l. 1 § 23, l. 5 § 1 de aq. quot. 43, 20; l. 10 C. de serv. 3, 34.

g) Die Stelle ist offenbar corrumpirt, worauf namentlich die unbestimmte Fassung von „amisisse videtur" deutet, während gleich darauf als allgemein anerkannt gesagt wird, „quae non utendo amittuntur". Außerdem soll die Mehrzahl der bessern Handschriften auch „biennio actio omissa" oder „biennio actio missa" haben, was man nicht anders zu emendiren wußte als durch Weglassung von actio. Zachariä von Lingenthal [S. 86—88] nimmt an, daß die letztere Lesart aus falscher Auflösung der Sigeln „biennio voluti remissa" entstanden sei, und versteht die Stelle dann so, daß Paulus hier einen Grund für den Untergang durch Nichtgebrauch zu finden sucht, und deßhalb sagt, wer zwei Jahre die Servitut nicht brauche, scheine gleichsam darauf zu verzichten; denn aus dem Gesichtspunkt der Usucapion lasse sich dies nicht erklären. Im § 2 will er dann statt „biennio omissa" auch lesen „biennio voluti remissa".

§ 2. Servitus hauriendae aquae, vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur.

Hier wird uns alſo noch eine weitere Servitut genannt, die durch bloßen Nichtgebrauch untergehen ſoll, nämlich die servitus aquae-haustus, für welche wir denſelben Satz indirect auch in l. 17 quemadm. serv. amitt. 8, 6 beſtätigt finden.

Dies iſt das Material, aus dem wir für die andern, nicht ausdrücklich entſchiedenen Fälle die Frage beantworten müſſen, ob ſie ſchon durch Nichtgebrauch untergehen, oder erſt, wenn usucapio libertatis hinzutritt. Wir können das natürlich nur, wenn wir uns den Weg reconſtruirt haben, auf welchem das Recht zu dieſem Unterſchied gelangte. Dabei dürfen wir jedoch nicht die Analogie außer Acht laſſen, welche der Uſusfruct bietet, indem für ihn auf das Beſtimmteſte und Klarſte geſagt wird, daß er auch ſchon durch bloßen Nichtgebrauch erlöſcht[h]).

Fragen wir zunächſt nach der Rechtsquelle, durch welche dieſes ganze Inſtitut der Verjährung eingeführt iſt, ſo können wir wohl aus allgemeinen Gründen zu dem Schluß gelangen, daß daſſelbe nicht lediglich auf Gewohnheitsrecht, ſondern der immer willkührlichen Beſtimmungen über die Dauer der Verjährungszeit u. ſ. w. wegen auf einen Ausſpruch der Geſetzgebung zurückgeführt werden muß, — auf welchen aber, darüber ſind uns keine Nachrichten erhalten. Aus der l. 4 § 29 de usurp. 41, 3[i]) können wir höchſtens folgern, daß die usucapio libertatis älter iſt, als die lex Scribonia; da uns aber von dieſer auch nichts weiter bekannt iſt, ſo haben wir dadurch nur wenig erreicht. Dadurch, daß ſich kein Juriſt für dieſe Sätze auf ein beſtimmtes Geſetz beruft, wird es wahrſcheinlich, daß der Urſprung derſelben in ſehr weite Zeiten zurückreicht, und darum liegt weiter die Vermuthung nahe, daß das Geſetz, welches die Grundlage ſo

h) *Paulus* Rec. Sent. III, 6 § 30. Non utendo amittitur usufructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno; l. 20, 22, 23, 25, 28, 29 quib. mod. usufr. 7, 4, l. 16 pr. § 1 C. de usufr. 3, 33.

i) Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.

vieler Inſtitute des römiſchen Privatrechts und namentlich auch der Verjährung auf dem Gebiete des Eigenthums bildet, die 12 Tafeln, die Rechtsquelle iſt, aus der auch dieſes Inſtitut hervorging. Daß ſie ausdrücklich von der Verjährung der Servituten geſprochen haben, erſcheint kaum glaublich, da wir nirgends eine ſichere Spur haben, daß ſie ſo eingehend von Servituten handelten [vgl. §. 1 S. 9]. Dagegen iſt vielfach behauptet, daß die Jurisprudenz aus ihnen durch analoge Anwendung des Satzes „usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto“, zu jenen Regeln über den Untergang der Servituten gelangte.

Dafür ſpricht vor Allem die Zeit, die ſowohl in den Fällen der **usucapio libertatis**, als auch da, wo der Untergang ſchon durch Nichtgebrauch geſchieht, bis zu der neuen Normirung der Friſten durch Juſtinian[k]) ganz jener Beſtimmung der zwölf Tafeln entſprach, indem nach einem Jahre der Uſusfruct an beweglichen Sachen, der an Grundſtücken dagegen, und ebenſo die Realſervituten nach zwei Jahren untergingen[l]). Im Uebrigen ſind die beiden Erlöſchungsarten der Servituten unter ſich ſo verſchieden, daß wir ſie in der weitern Darſtellung trennen müſſen, und werde ich zunächſt die **usucapio libertatis** rückſichtlich der geſtellten Frage ins Auge faſſen.

Ein Unterſchied zwiſchen ihr und der **usucapio dominii** zeigt ſich ſchon im Namen. Denn während bei der letztern dieſelbe Sache, welche der Verlierende zu beſitzen aufgehört hat, vom Uſucapirenden die beſtimmte Zeit hindurch beſeſſen ſein muß, wird dagegen in den Fällen der **usucapio libertatis** ein ganz anderes Recht von dem Uſucapirenden ausgeübt, als das iſt, welches der Servitutberechtigte verliert. Allein dieſer Unterſchied war unbedingt geboten, wollte man das Inſtitut der Uſucapion für die Servituten anwendbar machen, indem der Eigenthümer der belaſteten Sache, welcher der einzigſte war, dem der Berechtigte die Servitut durch Rechtsgeſchäft überlaſſen konnte, und der daher auch allein hinſichtlich der Uſucapion in Frage kam, doch nicht nach unſern frühern Ausführungen [§ 5 S. 41 ff. und § 14 S. 125 ff.] die Servitut ſelbſt als ſolche inne

k) L. 16 C. de usufr. 3, 33; l. 13 C. de serv. 3, 34.

l) Paul. Rec. Sent. III. 6, § 30.

zu haben vermochte, und demnach daran auch keinen Uſucapionsquaſibeſitz, der den animus ius sibi habendi nothwendig vorausſetzt, üben konnte. Die Servitutbefugniß geſtaltete ſich, ſo wie ſie auf ihn überging, zur Eigenthumsbefugniß, und er konnte ſie nicht als eine eigene von ſeinem Grundſtück getrennte Sache beſitzen. Nun ſcheint freilich die Redeweiſe libertatem usucapere darauf hinzudeuten, als ob die Römer ſich die libertas der ſonſtigen Auffaſſung der Servituten zuwider, als Object eines ſelbſtändigen Beſitzes gedacht hätten; allein, daß dieſer Ausdruck doch nur ein mehr figürlicher war, und daß ſie als eigentlichen Gegenſtand des Beſitzes immer das Grundſtück ſelbſt auffaßten, wird uns nicht nur in einigen Stellen ausdrücklich geſagt[m]), ſondern zeigt ſich auch namentlich in den Regeln über die Länge der Verjährungszeit. Ging die usucapio libertatis aus jener Stelle der 12 Tafeln [usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto] hervor, wie wir hier vorläufig annehmen wollen, ſo mußte, wenn man die libertas als ſelbſtändige Sache auffaſſen wollte, der Beſitz von einem Jahr zu ihrer Uſucapion genügen, da ſie dann zu den ceterae res gehört; ſtatt deſſen wurde ſie erſt nach zwei Jahren uſucapirt und war alſo mit dem fundus identiſch[n]). Aber der Beſitz des fundus bedarf zum Zwecke der usucapio libertatis einer beſtimmten Qualification; wie dieſe beſchaffen ſein muß, iſt unter unſern Juriſten beſtritten, indem uns in den Quellen nur für zwei Arten der ſtädtiſchen Servituten eine nähere Angabe über die Erforderniſſe der Uſucapion gemacht werden.

Zum Untergang der negativen Servituten altius non tollendi und luminibus non officiendi wird verlangt, daß der Uſucapient der lex servitutis zuwider eine Mauer aufgeführt habe, und dieſelbe

---

m) So Julian in l. 32 § 1 de S. P. U. 8, 2: Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; quare, si is, qui altius aedificatum habebat ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet; natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint; sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

n) Rudorff, Richters und Schneiders Jahrb., Bd. 15 S. 327.

die Usucapionszeit hindurch geblieben sei[o]). Demnach mußte hier der Zweck der Servitut in dauernder und unveränderlicher Weise[p]) durch eine Vorrichtung vereitelt sein, die sich schon in der äußern Erscheinung des Grundstücks kund gab, und ähnlich wird auch in dem andern Falle entschieden, daß die Freiheit von der servitus ligni immittendi nur erworben werde, wenn der Usucapient das Loch verstopfe und verstopft erhalte, welches für den Balken bestimmt ist[q]). In der l. 18 § 2 quemadm. serv. amitt. 8, 6 wird noch gesagt, daß, so lange das Haus, an welchem diese Servitut haften solle, nicht gebaut sei, der Eigenthümer die Freiheit nicht usucapiren könne „quia ius tuum non interpellavit". Zachariä von Lingenthal[r]) folgert aus diesen Stellen, daß es überall nur nöthig sei, daß die Ausübung der Servitut durch eine „entscheidende" Handlung des Eigenthümers verhindert werde, und zwar einerlei, ob diese Handlung dauernde körperliche Spuren an der Sache hinterlassen habe, oder nicht. Allein dann wäre nicht abzusehen, warum Gaius in l. 6 de S. P. U. 8, 2

o) L. 6 und 7 de S. P. U. 8, 2.

p) Darum genügt es nicht, daß ein Baum gepflanzt ist, der die Aussicht verdunkelt, und dessen Wegnahme deßhalb vom Servitutberechtigten gefordert werden könnte, sondern es muß ein Bauwerk aufgeführt sein; „et recte" sagt Pomponius darüber in l 7 de S. P. U. „quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries propter motum naturalem arboris". Es ist freilich schon seit Cujac üblich, den Grund der Entscheidung darin zu suchen, daß nicht durch eine That des Usucapienten, sondern durch ein zufälliges Ereigniß der servitutwidrige Effect herbeigeführt werde, und man will dann den motus naturalis als den natürlichen Trieb des Baumes, höher zu wachsen, erklären. Allein im Anfang sagt der Jurist, daß, was man durch eine Mauer erreiche, das erreiche man nicht durch einen dort befindlichen Baum [si arborem eodem loco sitam *habuissem*] und so findet er den Grund der Verschiedenheit der beiden entgegengesetzten Fälle nur in der Natur des Baumes und der Mauer; beide stehen da in Folge des Willens des Eigenthümers. Ferner wäre der Ausdruck „motus" doch sehr gesucht und uneigentlich für „in die Höhe wachsen" gebraucht, und die Beziehung, daß er in Folge der Bewegung durch den Wind, oder in Folge des Blätterabfalls hin und wieder Licht und Luft hindurchläßt, und so nicht stets in gleicher Weise den Zweck der Servitut vereitelt, liegt viel näher.

q) L. 6 de S. P. U. 8, 2.

r) A. a. O. S. 59 und 60.

verlangt, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen hat, die ganze Uſucapionszeit hindurch verſtopft erhalten werde. Eine entſcheidende Handlung des Eigenthümers war ſchon geſchehen, wenn er etwa ſelbſt den Balken aus der Oeffnung herauswarf, und auf jeden Fall, wenn er ſie einmal verſtopfte, weßhalb nach Zachariä's Meinung von da an die Uſucapion zu laufen beginnen muß, unbekümmert darum, ob das Loch wieder ſpäter zufällig geöffnet wird, oder nicht; damit, daß das Gegentheil verlangt wird, iſt ſeine Anſicht unvereinbar, und ſo müſſen wir, wie namentlich Puchta*) ausgeführt hat, annehmen, daß die libertas rei „eine ſich äußerlich an der Sache darſtellende Qualität iſt, die in der Sache gleichſam verkörpert iſt, und ſo ein Gegenſtand des Beſitzes in dem Beſitz der Sache wird". Es läßt ſich allerdings nicht leugnen, daß das römiſche Recht nach dieſer Seite hin in einer ganz beſonders ſtrengen Weiſe verfährt, und während ſonſt immer der Grundſatz gilt, daß der Beſitz unbeweglicher Sachen ſo lange fortdauert, bis die Einwirkung auf dieſelben erwieſenermaßen unmöglich geworden iſt, und deßhalb, wenn der Anfang gehörig geſchehen iſt, für die Fortdauer vermuthet wird, genügt es für den Beſitz der libertas nicht, daß der Uſucapient im Anfang eine Handlung vornimmt, welche ſeine ausſchließliche Herrſchaft bekundet, ſondern hier wird ganz abweichend ein Beweis für die in jedem Moment vorhandene Herrſchaft verlangt, und der kann eben nur dadurch erbracht werden, daß man einen dauernden Zuſtand der Sache nachweißt, welcher die Herrſchaft des Eigenthümers über die fragliche Eigenſchaft gegen jeden äußern Eingriff ſichert. Den Grund dieſer Erſcheinung können wir nur darin finden, daß ſich die ganze Lehre von der usucapio libertatis zu einer Zeit bildete, wo die Anwendung der Grundſätze vom Beſitz auf res incorporales dem Rechte nach ganz fremd war. Während daher eine ſpätere Zeit vielleicht angenommen hätte, daß mit dem Moment, wo der Eigenthümer das ihm durch die Servitut entzogene ius tignum immittere prohibendi einmal geübt hätte, er die entzogene Eigenſchaft wieder factiſch mit der Sache verbunden habe, und daher von da an die Uſucapion laufen müſſe, ging die ältere Zeit, welche dieſes Inſtitut ſchuf, von dem Grundſatz aus, daß nur, was ſich körperlich darſtelle,

*) Inſtitutionen Bd. II. § 257 S. 324.

dem Beſitz unterworfen ſei, und forderte deßhalb, daß ſich die Verbindung der Sache und der ſeither veräußerten Eigenſchaft, wie ſie die Bedingung der usucapio libertatis ſei, in der körperlichen Geſtaltung der Sache manifeſtire, und das that ſie nur, wenn der Zuſtand der Sache unwiderleglich bewies, daß die Ausübung der Servitut unmöglich ſei.

Fragen wir nun aber, wie ſich dieſe Forderung bei den einzelnen ſtädtiſchen Servituten geſtaltet, ſo ergiebt ſich das von ſelbſt bei der servitus protegendi, proiiciendi, machinam alligandi, stillicidium immittendi und ähnlichen; hier muß überall eine ſolche dauernde Vorrichtung an dem dienenden Grundſtück gemacht ſein, daß die Servitut nicht mehr geübt werden kann, während dagegen bei den negativen Servituten die Handlung, welche nicht vorgenommen werden ſoll, in einer dauernden ununterbrochenenen Weiſe den verbotenen Effect herbeigeführt haben muß. Zachariä hat dieſe Regeln dadurch zu widerlegen geſucht, daß darnach bei der ausdrücklich als Urbanſervitut bezeichneten servitus altius tollendi die usucapio libertatis unmöglich geweſen ſei, da eine dauernde Vorrichtung auf dem dienenden Grundſtück, welche das Recht, auf dem andern Grundſtück höher zu bauen, ausſchließen ſollte, doch nicht vorkommen könne. Allein es iſt ſchon mit Recht von Rudorff[1]) dagegen bemerkt, daß für die servitus altius tollendi und den ihr ähnlichen Bildungen [vgl. den vorigen Paragraphen] die Uſucapion der Freiheit ſchon durch die lex Scribonia ausgeſchloſſen war[2]), indem dieſe Freiheit ja wieder ſelbſt eine Servitut geweſen wäre, die doch nicht durch Uſucapion entſtehen ſollte. Wenn uns daher auch das römiſche Recht keine ſtädtiſche Servituten überliefert, wo die usucapio servitutis in dieſer ſtrengen Form ganz unanwendbar iſt, ſo kann man doch nicht leugnen, daß bei der gänzlichen Freiheit der Servitutenbildung ſich leicht ſtädtiſche Servituten conſtruiren laſſen, wovon die Freiheit in der verlangten Weiſe gar nicht beſeſſen werden kann. So läßt ſich z. B. eine Servitut denken, vermöge deren zu Gunſten eines praedium urbanum auf einem andern praedium urbanum keine beſonders lärmende Handlungen wie z. B. Schießübungen vorgenommen werden

1) A. a. O. S. 327.

2) L. 4 § 29 de usurp. 41, 3.

verlangt, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen hat, die ganze Uſucapionszeit hindurch verſtopft erhalten werde. Eine entſcheidende Handlung des Eigenthümers war ſchon geſchehen, wenn er etwa ſelbſt den Balken aus der Oeffnung herauswarf, und auf jeden Fall, wenn er ſie einmal verſtopfte, weßhalb nach Zachariä's Meinung von da an die Uſucapion zu laufen beginnen muß, unbekümmert darum, ob das Loch wieder ſpäter zufällig geöffnet wird, oder nicht; damit, daß das Gegentheil verlangt wird, iſt ſeine Anſicht unvereinbar, und ſo müſſen wir, wie namentlich Puchta*) ausgeführt hat, annehmen, daß die libertas rei „eine ſich äußerlich an der Sache darſtellende Qualität iſt, die in der Sache gleichſam verkörpert iſt, und ſo ein Gegenſtand des Beſitzes in dem Beſitz der Sache wird". Es läßt ſich allerdings nicht leugnen, daß das römiſche Recht nach dieſer Seite hin in einer ganz beſonders ſtrengen Weiſe verfährt, und während ſonſt immer der Grundſatz gilt, daß der Beſitz unbeweglicher Sachen ſo lange fortdauert, bis die Einwirkung auf dieſelben erwieſenermaßen unmöglich geworden iſt, und deßhalb, wenn der Anfang gehörig geſchehen iſt, für die Fortdauer vermuthet wird, genügt es für den Beſitz der libertas nicht, daß der Uſucapient im Anfang eine Handlung vornimmt, welche ſeine ausſchließliche Herrſchaft bekundet, ſondern hier wird ganz abweichend ein Beweis für die in jedem Moment vorhandene Herrſchaft verlangt, und der kann eben nur dadurch erbracht werden, daß man einen dauernden Zuſtand der Sache nachweißt, welcher die Herrſchaft des Eigenthümers über die fragliche Eigenſchaft gegen jeden äußern Eingriff ſichert. Den Grund dieſer Erſcheinung können wir nur darin finden, daß ſich die ganze Lehre von der usucapio libertatis zu einer Zeit bildete, wo die Anwendung der Grundſätze vom Beſitz auf res incorporales dem Rechte nach ganz fremd war. Während daher eine ſpätere Zeit vielleicht angenommen hätte, daß mit dem Moment, wo der Eigenthümer das ihm durch die Servitut entzogene ius tignum immittere prohibendi einmal geübt hätte, er die entzogene Eigenſchaft wieder factiſch mit der Sache verbunden habe, und daher von da an die Uſucapion laufen müſſe, ging die ältere Zeit, welche dieſes Inſtitut ſchuf, von dem Grundſatz aus, daß nur, was ſich körperlich darſtelle,

*) Inſtitutionen Bd. II. § 257 S. 324.

dem Beſitz unterworfen ſei, und forderte deßhalb, daß ſich die Verbindung der Sache und der ſeither veräußerten Eigenſchaft, wie ſie die Bedingung der usucapio libertatis ſei, in der körperlichen Geſtaltung der Sache manifeſtire, und das that ſie nur, wenn der Zuſtand der Sache unwiderleglich bewies, daß die Ausübung der Servitut unmöglich ſei.

Fragen wir nun aber, wie ſich dieſe Forderung bei den einzelnen ſtädtiſchen Servituten geſtaltet, ſo ergiebt ſich das von ſelbſt bei der servitus protegendi, proiiciendi, machinam alligandi, stillicidium immittendi und ähnlichen; hier muß überall eine ſolche dauernde Vorrichtung an dem dienenden Grundſtück gemacht ſein, daß die Servitut nicht mehr geübt werden kann, während dagegen bei den negativen Servituten die Handlung, welche nicht vorgenommen werden ſoll, in einer dauernden ununterbrochenenen Weiſe den verbotenen Effect herbeigeführt haben muß. Zachariä hat dieſe Regeln dadurch zu widerlegen geſucht, daß darnach bei der ausdrücklich als Urbanſervitut bezeichneten servitus altius tollendi die usucapio libertatis unmöglich geweſen ſei, da eine dauernde Vorrichtung auf dem dienenden Grundſtück, welche das Recht, auf dem andern Grundſtück höher zu bauen, ausſchließen ſollte, doch nicht vorkommen könne. Allein es iſt ſchon mit Recht von Rudorff[t]) dagegen bemerkt, daß für die servitus altius tollendi und den ihr ähnlichen Bildungen [vgl. den vorigen Paragraphen] die Uſucapion der Freiheit ſchon durch die lex Scribonia ausgeſchloſſen war[u]), indem dieſe Freiheit ja wieder ſelbſt eine Servitut geweſen wäre, die doch nicht durch Uſucapion entſtehen ſollte. Wenn uns daher auch das römiſche Recht keine ſtädtiſche Servituten überliefert, wo die usucapio servitutis in dieſer ſtrengen Form ganz unanwendbar iſt, ſo kann man doch nicht leugnen, daß bei der gänzlichen Freiheit der Servitutenbildung ſich leicht ſtädtiſche Servituten conſtruiren laſſen, wovon die Freiheit in der verlangten Weiſe gar nicht beſeſſen werden kann. So läßt ſich z. B. eine Servitut denken, vermöge deren zu Gunſten eines praedium urbanum auf einem andern praedium urbanum keine beſonders lärmende Handlungen wie z. B. Schießübungen vorgenommen werden

t) A. a. O. S. 327.

u) L. 4 § 29 de usurp. 41, 3.

dürfen [das Haus mochte vor dieſer Servitutbeſtellung etwa ein Schießhaus geweſen ſein]. Dieſes Verhältniß kann unter Umſtänden alle Erforderniſſe einer Servitut haben, und namentlich auch dem herrſchenden Grundſtück in ſo fern von Nutzen ſein, als es ſeine Benutzung in einer beſtimmten Richtung ermöglicht; ferner kann es, wie man immer auch den Begriff der servitutes praediorum urbanorum beſtimmen mag, ſo geformt ſein, daß es nothwendig unter dieſen Begriff fällt. Gleichwohl aber wird es nicht möglich ſein, mag der Eigenthümer auch noch ſo viel auf ſeinem Grundſtück ſchießen u. ſ. w., die Freiheit desſelben durch Uſucapion wieder zu erwerben, da er dadurch doch durchaus nicht in äußerer, ſichtbarer Weiſe den Effect der Servitut dauernd verhindert, ſondern immer Momente eintreten werden, wo er nicht ſchießt. Daß daher nach unſerer Auffaſſung die usucapio libertatis nicht für alle ſtädtiſche Servituten anwendbar iſt, müſſen wir zugeſtehen, glauben aber damit zu keiner unbilligen oder unpraktiſchen Conſequenz zu kommen, wie jenes ſelbe Beiſpiel zeigen mag. Wenn wir mit Zachariä eine entſcheidende Handlung gegen die Servitut als geeignet zur Herbeiführung der usucapio libertatis anerkennen wollten, müßten wir auch annehmen, daß, wenn ein einzigſtes Mal auf dem dienenden Grundſtück geſchoſſen wäre, und dann, ohne daß der Servitutberechtigte deßhalb ſeine confeſſoriſche Klage angeſtellt hätte, die Uſucapionszeit verſtrichen wäre, die Servitut zu Grunde gegangen ſei. Oder wie oft ſollte die verbotene Handlung vorgenommen ſein, und was berechtigte uns für dieſes Inſtitut des alten, ſtrengen Rechts eine arbiträre Anzahl ſolcher Handlungen zu fordern?

Wir haben in dem Seitherigen geſehen, wie die Eigenthümlichkeiten, welche die usucapio libertatis gegenüber der usucapio dominii behauptet, ſich aus der beſondern Natur der Servituten erklären laſſen, und es deßhalb durchaus möglich iſt, daß der erſte Urſprung jener in der erwähnten Stelle der 12 Tafeln zu ſuchen iſt. Dagegen ſcheint aber zu ſprechen, daß bei ihr ein weſentliches Requiſit der Eigenthumsuſucapion, das Vorhandenſein eines iustus titulus usucapiendi, ſoweit wir aus den Quellen erkennen können, durchaus nicht verlangt wurde[v]). Die Berufung auf die usureceptio, welche

v) In l. 32 pr. de S. P. U. 8, 2 und in l. 17 comm. praed. 8, 4

ebenfalls keines Titels bedurfte, wird dieſen Einwand nicht widerlegen, daß ſie auch nicht auf jene Quelle zurückgeführt werden kann, wie die Länge der auch für den fundus nur auf ein Jahr beſtimmten Verjährungszeit beweißt[w]). Wohl aber läßt ſich der Grund für dieſe Eigenheit der usucapio libertatis darin finden, daß der Eigenthümer ſchon kraft ſeines Eigenthums zu jeder Handlung befugt iſt, der er zur Uſucapion bedarf, indem ja, ſoweit der Servitutberechtigte nicht ausübt [und das iſt die nothwendige Vorausſetzung der Uſucapion] die Befugniß des Eigenthümers unbeſchränkt iſt, und er alſo auch gleichſam auf Grund des Uſucapionstitels pro suo das Loch zumauern kann, welches jener nicht für ſeine Servitut braucht. Nur wenn er precario dieſe Handlung vornimmt, übt er ſie nicht aus eigenem ſondern aus fremdem Rechte aus, und darum fehlt ihm dieſer Titel, und er kann nicht uſucapiren[x]). Bona fides des Uſucapienten war aber im ältern Rechte ohnehin nicht ein weſentliches Erforderniß der Uſucapion — wir erinnern an die usucapio pro herede — und ſo können wir daraus, daß ſie hier nicht verlangt wird, nicht den Schluß ziehen, daß die usucapio libertatis ein ſelbſtändig entſtandenes und von der Eigenthumsuſucapion durchaus abweichend conſtruirtes Inſtitut ſei, vielmehr müſſen wir als das Reſultat dieſer Unterſuchungen hinſtellen, daß es möglich und deßhalb auch wahrſcheinlich iſt, daß ſie durch analoge Anwendung des Zwölftafelgeſetzes entſtanden iſt.

Gehen wir nun aber zu der andern Erlöſchungsart der Servituten in Folge von Zeitablauf, zu dem Untergang durch bloßen Nichtgebrauch, über, ſo begegnen wir hier mehrfachen Verſuchen, dieſen auf dieſelbe Quelle zurückzuführen. Zunächſt nimmt Puchta[y]) an, daß bei den Feld- und Perſonalſervituten die usucapio libertatis in der oben auch von uns acceptirten Weiſe unmöglich geweſen ſei,

---

wäre wohl Gelegenheit geweſen, dieſes Requiſit hervorzuheben, wenn es überhaupt verlangt wäre. Vgl. Unterholzner, Verjährung Bd. II. S. 288.

w) Gaius II. § 59—61.

x) L. 32 pr. de S. P. U. 8, 2.

y) Inſtitutionen Bd. II. § 257 S. 324.

da ſich die Freiheit nicht bei denſelben in jener Art verkörpern könne, und deßhalb hätte das Recht, wollte es nicht unbilliger und unpraktiſcher Weiſe dieſe Servituten dem Untergang durch Zeitablauf ganz entziehen, ſich darauf beſchränken müſſen, nur das eine Moment der Uſucapion, den Nichtgebrauch auf Seiten des Verlierenden zu fordern. Allein ſchon von vorne herein iſt es im höchſten Grade auffallend, daß aus dem Inſtitut der Uſucapion, wo doch das Weſentliche und Charakteriſtiſche gerade der Beſitz des Uſucapienten iſt, eine ſolche Extinctivverjährung werden konnte, bei der es lediglich auf die Unthätigkeit des Verlierenden ankommt. Allerdings hat auch dieſe auf der andern Seite einen Rechtserwerb zur Folge, aber er iſt nicht die nächſte und beabſichtigte Folge, wie ſich das beſonders erkennen läßt, wenn eine Servitut an einer res nullius [vgl. § 4 S. 29] durch Nichtgebrauch untergegangen iſt[z]). Ferner erwähnten wir ſchon oben, daß auch nach römiſcher Auffaſſung die libertas nicht als eine beſondere, ſelbſtändig beſeſſene Sache aufgefaßt wird, ſondern daß der Gegenſtand der Uſucapion immer der Acker ſelbſt in ſeiner Eigenſchaft als res libera iſt; könnte ſich nun dieſe libertas wirklich nicht, wie Puchta annimmt, ſchon in der äußern Erſcheinung manifeſtiren, und hätte darum das Recht den Beſitz der libertas in dieſer Weiſe nicht fordern können, ſo wird dadurch noch in keiner Weiſe gerechtfertigt, daß nun mit einem Sprunge ganz und gar von dem Beſitz des dienenden Grundſtücks abſtrahirt wurde, vielmehr mußte eine conſequente Rechtsentwicklung dann wenigſtens verlangen, daß auch Ruſticalſervituten nur untergingen, wenn der jetzige Eigenthümer des dienenden Grundſtücks daſſelbe zwei Jahre hindurch in Beſitz gehabt habe[aa]). Solche Forderung wird aber nirgends in den Quellen

z) Daß dies möglich iſt, wird namentlich durch analoge Anwendung der l. 14 quemadm. serv. 8, 6 bewieſen, wo Javolen ſagt, daß, wenn ein Grundſtück von einem Fluß occupirt würde, die Servitut wieder hergeſtellt ſei, ſobald durch Alluvion die Grundſtücke wieder in die alte Lage kämen, vorausgeſetzt, daß dies vor Ablauf der Verjährungszeit geſchehe; nach dieſer Zeit könne man aber auch noch erzwingen, daß die Servitut von Neuem auferlegt werde [renovare eam cogendus est]. Alſo war ſie trotzdem, daß der Eigenthümer das Grundſtück die Uſucapionszeit hindurch nicht beſeſſen hatte, doch erloſchen, und es war nur ein Reſtitutionsgrund vorhanden.

aa) Arg. leg 32 § 1 de S. P. U. 8, 2.

geſtellt. Was ſodann aber die Behauptung anbetrifft, die usucapio libertatis ſei unanwendbar für alle Ruſticalſervituten geweſen, ſo müſſen wir den Satz in dieſem allgemeinen Umfang beſtreiten. Vielmehr kann grade bei Wege- und Waſſerleitungsgerechtigkeiten das dienende Grundſtück wohl auf eine äußerlich erkennbare Weiſe in eine Lage geſetzt werden, welche jede Ausübung der Servitut unmöglich macht, und ſo gut das Loch, wo der Balken eingefügt werden ſoll, verſtopft werden kann, ſo gut kann um den Acker, an dem die Wegeſervitut haftet, eine Mauer gebaut werden, die es unmöglich macht, gegen den Willen des Eigenthümers darüber zu gehen. So liegt in der Natur dieſer Servitut und noch weniger in der der Waſſerleitungsſervitut ein unüberwindliches Hinderniß für die usucapio libertatis, und damit fällt die ganze Auseinanderſetzung Puchtas zuſammen.

Einen andern Weg ſchlägt Rudorff in der Recenſion der Schrift von Zachariä von Lingenthal[bb]) ein, indem er ebenfalls die Wiederherſtellung der Freiheit durch Nichtgebrauch auf dem Wege der Interpretation der 12 Tafeln entſtanden ſein laſſen will, aber doch einen anomalen Charakter derſelben eingeſteht, den er in ihren Wirkungen, nicht in ihren Vorausſetzungen findet. Denn die Nichtausübung ſchließe bei den Wegegerechtigkeiten u. ſ. w. die Möglichkeit nicht aus, den Servitutenbeſitz beliebig zu reproduciren, und demnach werde ſchon angenommen, daß die Freiheit wieder erworben werde, ohne daß der Uſucapient entſchieden von derſelben Beſitz genommen habe, und ebenſo werde Verluſt der Servitut ohne entſchiedene Unterbrechung des Beſitzes angenommen. Hierzu ſei man durch die allerdings ſchiefe Anwendung der alten Regel „quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus“ gelangt. Man habe nämlich angenommen, daß da der Beſitz der servitus in einem uti beſtände, die Ausübung der libertas auf einem non uti beruhe. Jener ſei erworben mit dem Anfang des usus, dieſe mit dem Eintritt des non usus. Zu das ius ſelbſt würde durch Fortſetzung des usus in zwei Jahren erworben werden, wenn nur in der Discontinuität kein Hinderniß läge [l. 14 pr. de serv. 8, 1]. Alſo, hätten die veteres geſagt, muß auch der Verluſt des ius und der Erwerb der libertas durch

bb) A. a. O. S. 327 und 328.

Nichtgebrauch eintreten. Eine Discontinuität könne zwar bisweilen bei der libertatis possessio von Häuserservituten vorkommen [l. 7 de S. P. U. 8, 2], bei ländlichen trete sie dagegen wenigstens nicht unwillkührlich ein. Paulus habe die schiefe Anwendung dieser Regel gefühlt und suche deßhalb in der erwähnten Stelle [Rec. Sent. I, 17] die Theorie vom usus unter den Gesichtspunkt eines freiwilligen Verzichts zu bringen. — Allein so wenig auch dieser Ausführung eine scharfsinnige Begründung abgesprochen werden kann, und so richtig darin das Anomalische des Untergangs durch einfachen Nichtgebrauch dargestellt wird, so steht ihr doch die schon oben benutzte Thatsache entgegen, daß es eines Besitzes der dienenden Sache Seitens des Eigenthümers überall gar nicht bedarf, und daß deßhalb auch nicht der Grund dieses Instituts in der Annahme gesucht werden kann, als ob mit dem Moment, wo nicht ausgeübt werde, sofort der Usucapionsbesitz beginne. Auch da, wo dieser rein unmöglich war, wie wenn der Fluß das dienende Grundstück occupirt hatte, ging ja die Servitut durch Nichtgebrauch unter; und also mußte dieser Satz auf einer andern Ursache beruhen.

Ganz derselbe Grund steht einer dritten ebenfalls sehr scharfsinnigen Erklärung entgegen, die namentlich Unterholzner vertritt [cc]). Darnach sollen die Wege- und Wassergerechtigkeiten nicht fortwährend in einer stetigen und unveränderlichen Weise ausgeübt werden können, wie die städtischen Servituten, sondern nur vorübergehend und unterbrochen [dd]). Während darum hinsichtlich des Besitzes städtischer Servituten ebenso, wie hinsichtlich des Eigenthumsbesitzes, angenommen werde, daß er durch bloße Unterlassung nicht aufhöre, sondern fortdauere, bis ein factum contrarium, d. h. hier eben eine Usucapionshandlung Seitens des Eigenthümers vorgekommen sei, so verhalte sich das anders bei ländlichen Servituten, die den Eigenthumsbesitz nicht dauernd, sondern nur vorübergehend, so lange sie ausgeübt würden, auszuschließen vermöchten, so daß dieser auch immer von selbst auflebe, sobald die Servitut nicht geübt werde.

---

cc) A. a. O. B. II. § 217.

dd) Paulus in l. 14 de serv. 8, 1. Nemo enim tam perpetuo tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio interpellari eius videatur.

hier genüge also die einfache Thatsache des non usus, um den Usucapionsbesitz beim Eigenthümer zu begründen. — Allein, wie gesagt, ist ein solcher Usucapionsbesitz beim Eigenthümer doch nur da möglich, wo er das Grundstück selbst besitzt, und dieses wird nirgends in den Quellen gefordert. Außerdem ist auch noch nicht erwiesen, daß die servitus aquaeductus, welche doch zu den alten Rusticalservituten gehört, die durch non usus untergehen, nicht eines fortwährenden und stetigen Besitzes fähig sei. Man will sie freilich — und darin steht Unterholzner durchaus nicht allein, — überall, wo sie als ländliche Servitut erscheint, als das Recht auf Vornahme der zur Bewässerung eines Grundstücks nöthigen Handlungen auffassen, und wenn die l. 12 quemadm. serv. amitt. 8, 6 sagt:

> Et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur.

so soll sie von einem solchen Fall reden, wo die Bewässerung einmal ohne Zuthuen des Berechtigten z. B. bei einem Durchbruche erfolgt ist. Allein das Wort „aquaeductus“ weißt, wie der Gebrauch desselben für die großen öffentlichen Wasserleitungen zeigt, ebenso auf das Vorhandensein dauernder Vorrichtungen und zwar wohl sehr häufig mit immer fließendem Wasser hin, so daß es Seitens des Berechtigten durchaus nicht immer wiederkehrender einzelner Handlungen bedurfte, sondern er, so lange die Vorrichtungen im Stande waren, die Servitut ohne irgend eigene Thätigkeit ausübte. Das sagt auch jene l. 12, wenn man sie in ihrem zunächstliegenden Sinne nimmt, zumal da allen Nachrichten vom römischen Feldbau nach derartige immer fließende Wasserleitungen vorhanden sein mußten. Fortdauernde Berieselungen der Wiesen kannte man schon frühe; zur Viehtränke, zum Gebrauch in der villa, bedurfte man gewiß ebenfalls schon lange immer fließender Brunnen, und um die zu speisen, wird man auch schon frühe eben solche Wasserleitungen angelegt haben. Das älteste Recht kannte aber, wie wir im § 1 ausführten, schon in früher Zeit die servitus aquaeductus, aber nur in der Form, wie man sie später den iura praediorum rusticorum zuzählte, und deßhalb mußte auch das Recht auf eine solche von selbst immerwährend fließende Wasserleitung eine ländliche Servitut sein, und demnach in ebenso stetiger und unveränderlicher Weise ausgeübt werden können, wie die städtischen Servituten.

Noch in mancherlei anderer Weise haben ältere und neuere Juristen den Zusammenhang zwischen dem Untergang durch Nichtgebrauch und der Usucapion nachzuweisen gesucht; alle diese, oft fast abenteuerlichen Versuche werden aber ebenfalls widerlegt durch die seither dargestellten Gründe und werden wir daher näher auf dieselben einzugehen nicht mehr nöthig haben, sondern können auf Zachariä von Lingenthals ee) Darstellung und Beurtheilung derselben verweisen. Wenn nun aber es nicht möglich ist, den Weg, auf welchem die römische Jurisprudenz von jener Bestimmung der zwölf Tafeln zu dem hier besprochenen Satz gelangte, zu reconstruiren, vielmehr uns überall die größte innere Verschiedenheit desselben und der Usucapionslehre entgegentritt, so möchten wir wohl befugt sein, für ihn einen ganz andern Entstehungsgrund zu suchen, und da werden wir um so mehr darauf hingewiesen, daß nur ein eigener Act der Gesetzgebung diese Erlöschungsart für die genannten Servituten hat einführen können, als sie bis zu einer Zeit zurückreicht, wo der Untergang eines Rechts durch Nichtgebrauch noch nicht in dem Institut der Klagverjährung eine Analogie fand, sondern eine durchaus allein dastehende Singularität war. Daß der Gerichtsgebrauch aus bloßen Billigkeitsrücksichten selbstthätig diese Lehre ausgebildet habe, indem er, wie das Paulus [Rec. Sent. I, 17 nach Zachariä's oben erwähnter Emendation] anzudeuten scheint, in der Nichtausübung einen Verzicht gefunden habe, läßt sich auch abgesehen von der Frage, ob der Gerichtsgebrauch überall in dieser Weise schöpferisch sein konnte, schon um deßwillen nicht annehmen, weil, wie im vorigen Paragraph ausgeführt wurde, der einfache, formlose Verzicht die Servitut nach älterem Rechte nicht aufzuheben vermochte, und ferner der Untergang der Servituten durch einfachen Nichtgebrauch gar häufig im schärfsten Gegensatz mit aller Billigkeit stehen konnte, und selbst da eintrat, wo der Gesichtspunkt eines Verzichts Seitens des Berechtigten gänzlich ausgeschlossen war. Denn der Satz, daß jeder Nichtgebrauch während der bestimmten Zeit die Servitut erlöschen mache, trat mit absoluter Kraft ein, mochte auch die Ausübung für den Berechtigten gradezu eine Unmöglichkeit gewesen sein, indem z. B. die Quelle versiegt war, aus der er Wasser leiten

ee) A. a. O. S. 72—78.

sollte[ff]), oder der Weg überschwemmt war, an dem seine Wegegerechtigkeit haftete[gg]), oder er gar mit Gewalt an deren Ausübung vom Eigenthümer verhindert worden war[hh]), oder die zeitweilige factische Beschaffenheit des zwischenliegenden Grundstücks dieselbe unmöglich gemacht[ii]), oder Kriegsgefangenschaft dem Usufructuar die Benutzung des Ususfructs untersagt hatte[kk]). Wenn auch in fast allen diesen Fällen, wie die angeführten Quellenzeugnisse sagen, Restitution vom Prätor ertheilt wurde, so zeigt das doch grade, wie jener Satz mit der Billigkeit in argem Contrast stehen konnte. Gegen seine eigenen Schöpfungen restituirte der Prätor aber nicht, sondern er behielt der aequitas von vorne herein einen freien Spielraum in denselben vor; nur wo das Civilrecht wirksam war, bedurfte es seiner Restitution, und weißt daher auch dieser Umstand auf Entstehung dieser Servitutverjährung durch besondere Gesetze hin, da, wie gezeigt, auf dem Wege der Interpretation jener Zwölftafelstelle nicht dahin gelangt werden konnte, und das Gewohnheitsrecht ein so willkührliches Institut nicht schaffen konnte.

Zachariä von Lingenthal, der die hier angenommene Ansicht besonders, wenn auch zum Theil mit andern Gründen vertritt, hat mehrere Stellen aufgefunden, wo auch die Ausdrucksweise darauf hinweißt, daß, wie die lex Scribonia die Usucapion der Servituten aufhob, dieses oder andere Gesetze den Untergang durch Nichtgebrauch einführten[ll]). Die häufige Bezeichnung der Verjährungszeit als statutum oder constitutum tempus könne allerdings mit Rücksicht auf die Verordnungen Justinians über die längere Dauer derselben interpolirt sein, dagegen sei dies nicht möglich hinsichtlich des Ausspruchs von Paulus in l. 7 quemadm. serv. amitt. 8, 6, wonach die servitus itineris „statuto *legibus* tempore

---

ff) L. 34 § 1 et l. 35 de S. P. R. 8, 3.

gg) L. 14 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 1 § 9 de itin. actuque priv. 43, 19.

hh) L. 1 § 9 daselbst und l. 1 § 23 de aqua quotid. 43, 20.

ii) Arg. leg. 6 pr. si serv. vind. 8, 5 und arg. leg 13 quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

kk) L. 1 § 1, l. 23 § 2 ex quibus causis maiores 4, 6.

ll) A. a. O. S. 65.

amittitur", da Juſtinian hierfür nur ein Geſetz [l. 13 C. de servit. 3, 34] gegeben hat. Ebenſo ſoll das „legitimum tempus, quo servitutes pereunt" der l. 13 quemadm. serv. amitt., und ein ähnlicher Ausdruck in l. 5 de usufr. 7, 1 auf ein älteres Geſetz hinweiſen.

Wenn nun Alles dieſes uns zu dem Reſultat führt, daß der Untergang der Servituten ein ſinguläres Inſtitut iſt, das nur aus Nützlichkeitsrückſichten durch die poſitive Geſetzgebung geſchaffen iſt, ſo müſſen wir daraus den weitern Schluß machen, daß ihm nur der Umfang beizulegen iſt, den die Quellenzeugniſſe beſtimmen, daß es aber allgemeinen Regeln zufolge einer analogen Ausdehnung nicht fähig iſt. Demnach können wir nur für die servitus viae, itineris, actus und aquaeductus, ſo wie für den Uſusfruct die Anwendbarkeit dieſer Erlöſchungsform zugeſtehen[mm]), müſſen ſie aber für die übrigen servitutes praediorum rusticorum durchaus leugnen. Fragen wir aber nach dem Grunde, warum das Geſetz grade nur für jene wenigen Servituten dieſe Singularität einführte, ſo vermögen wir mit Zachariä dieſe Beſchränkung nur aus hiſtoriſchem Grunde zu erklären, indem jene Servituten nach unſerer Ausführung in der Einleitung grade die älteſten ſind, und es daher möglich und wahrſcheinlich iſt, daß nur ſie, wenigſtens von allen servitutes praediorum rusticorum, zu der Zeit beſtanden, wo das Princip des Untergangs durch non usus zum Zweck der möglichſten Erleichterung des Eigenthums ausgebildet wurde, und daß ſpäter die Doctrin ſich ſcheute, dieſes durchaus anomale Inſtitut auf die neueren Bildungen anzuwenden, wie ſie dieſen ja auch nicht den Charakter als res mancipi verlieh. Sie half ſich daher hier, indem ſie analog der Eigenthumserſitzung das Inſtitut der usucapio libertatis ſchuf. Zachariä glaubt auch den Gang, den die Geſetzgebung hier eingehalten hat, in den Bemerkungen von Paulus in den mehrfach citirten Rec. Sent. I, 17 § 1 und 2 wiedererkennen zu können, indem die dort eingehaltene

mm) Vielleicht auch für den usus, da ſich derſelbe ſo ſehr eng an den Uſusfruct anſchließt, wie die allgemeine Regel des Gaius (l. 3 § 3 de usufr. 7, 1): Quibus autem modis ususfructus et constitit, et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri erkennen läßt. Ein poſitives Zeugniß iſt uns jedoch nicht dafür erhalten.

Form kurzer Regeln darauf hindeute, daß die Stellen Auszüge aus ältern Geſetzen ſeien. Darnach wäre die Beſtimmung zuerſt für die Wegeſervituten und für die servitus aquaeductus gegeben, dann nochmal für alle Waſſergerechtigkeiten (servitus hauriendae aquae vel ducendae) und unabhängig davon für den Uſusfruct.

Wenn wir die praktiſchen Wirkungen unſers Reſultats ins Auge faſſen, ſo werden wir auch hier die Richtigkeit desſelben beſtätigt finden. Denn nehmen wir von den Servituten, die nach Ulpian's Ausſpruch in l. 1 § 1 de S. P. R. „in rusticis computandae sunt“, die servitus arenae fodiendae oder lapidis eximendi, ſo gewährten dieſe ein Recht auf eine Handlung, die nur in langſam wiederkehrenden Perioden, nämlich nur, wenn zur Subſtanzbeſſerung des herrſchenden Grundſtücks derartiges Material erforderlich war, ausgeübt werden konnte, und deren Nichtgebrauch in einem zweijährigen und längern Zeitraum alſo häufig durch die Natur der Umſtände geboten war. Auch Wegeſervituten konnten ſo conſtruirt ſein, daß ſie mehrere Jahre hintereinander nicht ausgeübt wurden, wie in dem Falle, den Juſtinian in l. 14 pr. C. de serv. 3, 34 erwähnt, wo nur an einem Tage innerhalb eines fünfjährigen Zeitraums der Weg benutzt werden ſollte, um Holz aus einem Walde abzufahren. Da aber ſtritten auch die römiſchen Juriſten, wie wir aus jenem Geſetz Juſtinians erfahren, ob die Verjährungszeit Platz greifen ſolle oder nicht, während nirgends berichtet wird, daß auch bei der servitus lapidis eximendi u. ſ. w. dieſe Zweifel entſtanden ſein; ferner erfahren wir, daß ſchon da, wo eine Waſſerleitungs- oder Wegegerechtigkeit nur zu einer beſtimmten Jahreszeit, oder ein um den andern Monat, oder ein um das andere Jahr ausgeübt werden könne, eine Verdoppelung der Uſucapionszeit für nöthig erachtet wurde, ja es ſcheint ſogar, als ob manche Juriſten hier den Untergang ganz ausgeſchloſſen haben wollten „quia non continuum est tempus“ [nn]). Für die servitus lapidis eximendi u. ſ. w., wo

nn) L. 7 quemadm. serv. amitt. 8, 6. Paulus. — Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, *quia non est continuum tempus, quo, quum uti non potest, non sit usus.* Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus, aut die toto,

doch eine continuus usus in dieſem Sinne oft ganz unmöglich war, wird uns aber von keiner Regel geſagt, welche die Mißſtände der kurzen Verjährungszeit aufheben ſollte, und deutet daher auch dies ſehr darauf hin, daß der Untergang durch bloßen Nichtgebrauch überall nicht bei ihr eintrat. Vielmehr muß hier wie bei den ſtädtiſchen Servituten eine usucapio libertatis Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache vorgenommen werden, und die geſchieht auch hier durch Herſtellung einer dauernden Vorrichtung, welche die Ausübung der Servitut unmöglich macht, ſei es dadurch, daß der Zutritt zu dem Ort, von dem das Material entnommen werden ſoll, unmöglich gemacht wird, ſei es dadurch, daß das Material, auf welches die Servitut einen Anſpruch giebt, ſervitutwidrig verbraucht oder zerſtört wird, und alſo die Freiheit von ſolcher Servitut ſich ebenfalls ſchon in der äußern Erſcheinung der ſeither dienenden Sache manifeſtirt. So wird z. B. die Freiheit einer Wieſe von der Weideſervitut von da an erſeſſen, wo das ganze Grundſtück mit einem Hauſe bebaut wird. Die Härte und Unbilligkeit, die in dem Untergang ſolcher, ihrer Natur nach nur ſelten auszuübender Servituten durch bloßen Nichtgebrauch liegt, fällt hier weg, und wenn der Servitutberechtigte nur die dienende Sache im Auge behält und bei ſervitutwidrigen Veränderungen derſelben ſeine Klage erhebt, kann er ſein Recht ſtets gegen Verjährung ſchützen, während er hierzu bei der Annahme des Untergangs durch bloßen Nichtgebrauch vor Juſtinians Verlängerung der Verjährungszeit vielleicht häufig, nachher doch noch mitunter nicht im Stande ſein würde.

Wir ſind alſo auch hier zu dem Reſultate gelangt, daß ein durchgreifender Unterſchied zwiſchen servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum nicht beſteht, ſondern daß alle Realſervituten nur untergehen, wenn der Eigenthümer die ihm durch die Servitut entzogene Befugniß wieder uſucapirt hat, und daß nur für die Wege, die Waſſerleitungs- und Waſſerſchöpfungsſervituten hiervon eine Ausnahme gemacht iſt, indem ſie ſchon untergehen,

---

aut tantum nocte, statutum legibus tempore amittitur, *quia una servitus est*. Nam et si alternis horis, vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit, perdere eum non utendo servitutem, *quia id, quod habet, quotidianum sit*.

wenn ſie aus irgend einem Grunde nicht ausgeübt ſind. Daß Juſtinian dieſen Unterſchied, wie man wohl angenommen hat, in l. 13 C. de serv. 3, 34 aufgehoben und überall Untergang durch bloßen Nichtgebrauch eingeführt hat, läßt ſich ſchwerlich erweiſen, da er dort ausgeſprochener Maaßen nur im Sinne hatte, die Verjährungszeit zu ändern, und wenn es daher dort auch heißt: „ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, sed decennio“, ſo liegt darin, daß er nur das eine Erforderniß jeder Verjährung, den Nichtgebrauch nennt, noch nicht, daß er das andere, die Uſucapion der Freiheit, aufgehoben haben will[oo]).

§. 41.

Die wahre Bedeutung der Eintheilung der Realſervituten in ſtädtiſche und ländliche Servituten.

Wir haben in den letzten Paragraphen den Beweis zu führen geſucht, daß die Unterſcheidung der Realſervituten in den Beziehungen, wo die herrſchende Meinung für jede der beiden Klaſſen ganz verſchiedene Rechtsregeln gelten laſſen will, gar keinen Einfluß übt, und kommen damit, trotz mancher abweichenden Auffaſſung in den Einzelheiten, in der Hauptſache zu dem von Zachariä von Lingenthal aufgeſtellten Satz, daß überall keine principielle Unterſchiede zwiſchen beiden ſtattfinden[a]), und ſie vielmehr von völlig gleicher Structur

oo) Die Beantwortung der ſonſtigen Fragen, die ſich hier anknüpfen, müſſen wir bis zu den weitern Erörterungen über dieſe Erlöſchungsarten in dem Abſchnitt „vom Untergang der Servituten“ verſchieben.

a) Man hat freilich wohl auch behauptet, alle servitutes praediorum rusticorum ſeien vom Prätor mit eigenen Interdicten verſehen geweſen, während den servitutes praediorum urbanorum ſolche gefehlt hätten; allein dem letztern Theil der Behauptung ſteht das Interdict de cloacis entgegen, welche die ſtädtiſche Servitut cloacam immittendi wenigſtens in einer Beziehung ſchützte, indem damit Störungen bei der Reparatur zurückgewieſen wurden. Daß aber nicht alle ländlichen Servituten eigene Interdicte hatten, ergiebt ſich ſchon mit Nothwendigkeit daraus, daß die Römer, wie der erſte Abſchnitt dieſes Werks gezeigt hat, gänzliche Freiheit in der Servitutenrichtung anerkannten, und es daher unmöglich war, daß der Prätor im Voraus für jede Bildung, die der Privatwille etwa ſchaffen mochte, ein Interdict in ſeinem Edict fertig haben

ſind. Zur Annahme dieſes Reſultats waren wir aber von vorne herein um ſo geneigter, als es uns allein mit dem Geiſte der ganzen römiſchen Servitutenlehre in Einklang zu ſtehen ſchien. Denn wenn der Inhalt jeder Servitut jedesmal erſt durch die Willkühr der Conſtituenten geſchaffen wird, ſo iſt es damit wohl verträglich, daß das Recht einzelne beſtimmte Bildungen, wie ſie herkömmlich öfter conſtituirt werden, mit beſondern Wirkungen verſieht, die ihnen der Privatwille nicht zu geben vermag; dagegen aber liegt ein Zwieſpalt darin, wenn die ganze Fülle der möglichen Servitutformen in zwei ſtarre, unbeugſame und noch dazu, wenigſtens nach der herrſchenden Anſicht, lediglich nach äußern Merkmalen beſtimmte Kategorieen eingezwängt und, je nachdem ſie einer oder der andern anheimfallen, ohne welche Rückſicht auf den Willen der Conſtituenten ſtets nach verſchiedenen Grundſätzen beurtheilt werden ſoll. Es widerſprechen ſich auf der einen Seite dieſe Dehnbarkeit und Flüſſigkeit des Servitutenrechts und auf der andern Seite dieſe ſtrenge Eintheilung, die häufig Verwandtes zerreißen und manche Servitutenbildungen, die von beiden Seiten Elemente aufgenommen haben, gewaltſam einer oder der andern Klaſſe wird zuweiſen müſſen.

---

konnte, und die engen Grenzen, welche den verhältnißmäßig ſehr wenigen Interdicten zum Schutz der Ruſticalſervituten gegeben wurden, weiſen auch auf das Gegentheil hin.

Man hat weiter auch auf Grund der l. 5 § 9 und der l. 14 de O. N. N. 39, 1 behauptet, zum Schutze aller ſtädtiſcher Servituten und nur dieſer ſei die operis novi nuntiatio zuläſſig. Zu dieſer Behauptung iſt man aber allein dadurch gelangt, daß man von vorne herein einen weitgreifenden principiellen Unterſchied zwiſchen beiden Klaſſen annahm, und als man darum die Nunciation zum Schutz einer via unterſagt fand, dieſen Satz gleich auf alle ländliche Servituten auszudehnen ſich berechtigt hielt. Wir werden in der Lehre von dem Schutz der Servituten weitläufiger auf dieſe Frage eingehen müſſen, und glauben hier einſtweilen dieſelbe übergehen zu können, um nicht zu ſehr unſer Syſtem zu zerreißen, zumal da die operis novi nunciatio durchaus nicht in einem organiſchen Zuſammenhange mit der Servitutenlehre ſteht, ſondern ein nur aus Nützlichkeitsgründen hervorgegangenes und durch gleiche Rückſichten begrenztes Inſtitut iſt, und deßhalb, ſelbſt wenn die Richtigkeit der obigen Behauptung erwieſen würde, daraus allein eine verſchiedene Natur beider Klaſſen der Realſervituten doch nicht gefolgert werden kann.

Wenn wir aber so der Eintheilung der Realservituten in städtische und ländliche Servituten jeden eigentlichen Werth für das System absprechen, so drängt sich uns die Frage auf, warum denn die Römer sie überhaupt gemacht, und wie sie so häufig benutzt werden konnte, wie wir im Eingang dieses Kapitels gezeigt haben. Diese Frage wird meines Erachtens von Zachariä durchaus nicht genügend beantwortet, und darin möchte ich auch den Grund suchen, warum seine Ansicht seither so wenig Beifall gefunden hat. Nach ihm soll die ganze Eintheilung ein Ausfluß des Satzes sein: servitus praedio utilis esse debet, und er will ihr also nur die Bedeutung beilegen, daß einmal manche Servituten ihres Inhalts wegen nur einem praedium urbanum, andere ebenso nur einem praedium rusticum zustehen können, weil sie nur einem solchen Grundstück Vortheil zu bringen vermögen, und sodann, daß Servituten die beiden Arten von Grundstücken zustehen können, gleichwohl, je nachdem sie in einem gegebenen Falle mit dem einen oder andern praedium verbunden sind, von sehr verschiedenem Inhalt sein müssen, da sich dieser nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks richtet und das Bedürfniß in jedem Falle ein anderes ist. Daß dies der wahre Sinn der ganzen Unterscheidung ist, soll daraus hervorgehen, daß in den beiden Pandektentiteln de S. P. U. [8, 2] und de S. P. R. [8, 3] fast nur davon die Rede ist, welche Servituten mit Rücksicht auf jenen Satz für ein Grundstück der einen oder andern Art bestellt werden können, oder welches der Inhalt und Umfang der einzelnen statthaften Servituten ist[b]).

So richtig auch diese Beobachtungen sind, so erhalten wir doch auf dem von Zachariä eingeschlagenen Wege keine Erklärung der unabweisbaren Erscheinung, daß diese Eintheilung so vielfach von den römischen Juristen berücksichtigt wurde und sie auch da die iura praediorum rusticorum und urbanorum statt der Servituten erwähnten, wo es sich um ganz andere Lehren, als die, auf welche Zachariä die Wirkung der Eintheilung reduciren will, handelte. Es bleibt ein Räthsel, warum grade dieser eine Satz das ganze Servitutensystem beherrschen soll, da ihm doch sonst keine größere Bedeutung beigelegt wird, als so manchen andern Lehren. Viel näher hätte es

b) Zachariä a. a. O. S. 95—97.

gelegen, die Servituten nach der Natur der Servitutbefugniß etwa in poſitive und negative Servituten einzutheilen. Um ſich Alles dieſes aber erklären zu können, muß man meines Erachtens auf die Entſtehungsgeſchichte der Servituten zurückgehen.

Ich glaube nämlich, daß die Römer dieſe Eintheilung der Servituten niemals gemacht haben, ſondern daß ſie älter, wie der ganze Servitutenbegriff iſt, der aus dieſen beiden Arten erſt allmählig zuſammengewachſen iſt. Es iſt im § 1 dieſes Werks weitläuftiger ausgeführt worden, wie die Wege- und Waſſerleitungsſervituten einer älteſten Bildungsperiode auf dem Servitutengebiet angehören. Die servitus aquaehaustus nimmt auch ein verhältnißmäßig hohes Alter in Anſpruch, aber es iſt möglich, daß ſie ſich in ihrer älteſten Geſtalt von der servitus aquaeductus noch nicht völlig geſchieden hatte, ſondern, wie ſie ſich aus dieſer entwickelt hatte, ſo auch Anfangs mit ihr ſyſtematiſch vereint blieb. Damit waren aber die iura praediorum, wie ſie damals noch allein heißen mochten, für längere Zeit abgeſchloſſen, und erſt nach Ausbildung der ſtädtiſchen Servituten wurden neue ländliche Servituten geſchaffen. Das wird dadurch bewieſen, daß nicht nur Gaius, der, wie mehrfach erwähnt wurde, keine weiteren ländlichen Servituten als die vier zu kennen ſcheint, als iura praediorum urbanorum eine Reihe von einzelnen Arten aufführt[c]), ſondern auch Ulpian, der die ſpätern ländlichen Servituten noch nicht als eigentliche iura praediorum rusticorum auffaßt, ſondern von ihnen nur ſagt: in rusticis computanda sunt [vgl. S. 11], doch ſtädtiſche Servituten unbedenklich als ſolche bezeichnet[d]).

Da nun die gewöhnlichſten und auch wohl älteſten Formen der Urbanſervituten, die servitus protegendi, tignum immittendi, altius non tollendi, mit dieſen älteſten Ruſticalſervituten in der äußern Erſcheinung durchaus ſehr geringe Aehnlichkeit haben, ſo läßt ſich nicht annehmen, daß ſie durch allmählige Erweiterung der vier alten Servituten auf dem Wege juriſtiſcher Deductionen Eingang im Rechte gefunden haben, vielmehr deutet Alles darauf hin, daß ſie ſich ganz unabhängig und ſelbſtändig unmittelbar im römiſchen Leben und vielleicht lange Zeit unbemerkt

c) L. 2 de S P. U. 8, 2.
d) L. 3 et l. 15 de S. P. U. 8, 2.

von der Jurisprudenz entwickelt haben, gleichsam durch einen ganz neuen Ansatz, den die Rechtsbildung da gemacht hatte[e]). Eine dringende Veranlassung zur Ausbildung solcher Verhältnisse mochte in der mehr und mehr zunehmenden Bevölkerung und der dadurch herbeigeführten Vermehrung der Gebäude innerhalb der Städte, namentlich innerhalb Roms liegen. Denn als man anfing, neben den alten Häusern, die unter Bewahrung des vorgeschriebenen Zwischenraums eine völlig von einander unabhängige Lage gehabt haben mochten, überall selbständige Häuser einzufügen, oder Anbaue zu machen, um für die anwachsende Volksmenge Wohnungen zu schaffen, und so jeder Winkel des einzelnen Grundstücks benutzt wurde, drängte das Bedürfniß zu allerlei Uebergriffen in das benachbarte Gebiet und mit Genehmigung des Eigenthümers mochte gar oft dort ein Balken befestigt, ein Vordach hineingebaut sein u. s. w. Ebenso mußte man sich schützen, wenn man sein Grundstück bis auf die Grenze bebauen wollte, daß nicht der Nachbar diesem Bauwerk durch spätere Bauten Licht und Luft entziehe, und ließ sich deßhalb dahin zielende Versprechungen ertheilen. So mochten schon lange derartige Verhältnisse üblich geworden sein, als sie zur richterlichen Cognition kamen; unter den Gesichtspunkt von Obligationen ließen sie sich, seitdem der Grundbesitz nicht mehr in festen Händen war, nicht mehr bringen, da sie dann keine dauernde Sicherheit gewährten, und das doch wesentlich nöthig war, und so kam man dahin, sie als ein eigenes dingliches Rechtsinstitut aufzufassen. Die Jurisprudenz faßte sie zu einem Gesammtbegriff zusammen, den sie nach dem Orte, wo sie sich seither allein gebildet hatten, als iura praediorum urbanorum bezeichnete, und um für die einzelnen Fälle einen geeigneten Entstehungsgrund zu haben, den der bloße Consens der Nachbaren nicht zu gewähren vermochte, wandte man die Usucapion hier an. Die lex Scribonia soll diese für unzulässig erklärt haben[f]) und hatte damit vielleicht den Zweck im Auge, die Constituenten solcher Servituten zu solennen Errichtungsformen, namentlich zur in iure cessio hinzutreiben.

---

e) Demnach bildeten Rustical- und Urbanservituten die beiden selbständigen Faktoren des Begriffs der Realservituten, und diese und der Ususfruct wieder die Faktoren des Gesammtbegriffs der Servituten.

f) L. 4 § 29 de usurp. 41, 3.

Der Name *iura praediorum urbanorum* bezeichnete also ursprünglich eine Reihe einzelner Servitutenbildungen, die sich innerhalb der Städte zwischen den mit Gebäuden bedeckten Plätzen entwickelt hatten, ohne daß er jedoch jemals das Eigenthum eines abgeschlossenen Kreises war, wie das hinsichtlich des Namens iura praediorum rusticorum früher der Fall war, wie denn auch Gaius bei Aufzählung der städtischen Servituten nach dem er die gewöhnlichsten Formen genannt hat, hinzufügt: ceteraque istis similia [g]). Das deutet auch auf Entstehung dieses Begriffs zu einer Zeit hin, in der schon das Recht eine größere Biegsamkeit angenommen hatte, und namentlich die Freiheit der Servitutbildung zur Anerkennung zu gelangen begann. Diesem Geiste gemäß ließ man die Bildungen, welche ursprünglich nur der Stadt angehörten, auch für ländliche Grundstücke zu, als man ihre Brauchbarkeit für alle Fälle außerhalb der Stadt, in denen Gebäude in der Nähe der Grenze aufgeführt werden sollten, erkannte, und da man hier doch den einmal üblich gewordenen Namen „iura praediorum urbanorum" beibehielt, mußte die Doctrin alle Grundstücke, soweit sie mit Gebäuden versehen waren, als praedia urbana stempeln [h]). Fragt man, ob man bei Uebertragung dieser Servituten auf das Land auch an der Forderung, die seither die Umstände von selbst gegeben hatten, festgehalten und verlangt habe, daß beide Grundstücke, herrschendes und dienendes, praedia urbana in diesem neuen Sinne seien, wie sie es seither im alten Sinne gewesen waren, da beide in der Stadt lagen, so war das für einige Bildungen, wie die servitus tigni immittendi, natürlich durchaus erforderlich; andere aber, wie die servitus stillicidii immittendi, protegendi u. s. w. erwiesen sich als ebenso anwendbar wenn nur das herrschende Grundstück ein Gebäude war, wie sie ja auch, so lange sie ausschließlich der Stadt angehörten, leeren Plätzen gegenüber bestanden haben konnten. Manche Servituten, wie die servitus altius tollendi ließen sich sogar denken, wo herrschendes und dienendes Grundstück ganz leer waren; allein wahrscheinlich wurden sie zuerst nur in der Gestalt auf das Land versetzt, in welcher sie

g) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

h) § 1 J. de serv. II, 3; L. 1 comm. praed. 8, 4; l. 198 de V. S. 50, 16.

in der Stadt zur Ausbildung gelangt waren, also zum Schutz der Häuser vor Verdunkelung, und daher war auch bei ihnen das herrschende Grundstück ein praedium urbanum [1]), so daß sich allgemein das Resultat herausstellte, die Urbanservituten seien auf dem Lande möglich, wenn wenigstens das herrschende Grundstück ein praedium urbanum sei.

Der Name iura praediorum urbanorum wäre nun eigentlich nach Gewinnung des Gesammtbegriffs der Servituten überflüssig gewesen, da, wie gesagt, sich keine praktischen Folgen an ihn anknüpften; allein die römische Jurisprudenz bewahrte, treu ihrem historischen Charakter, die einmal durch die geschichtliche Entwicklung gegebene Eintheilung der Servituten im Namen und selbst im System bei, freilich ohne wohl zu ahnen, daß sie damit einer spätern Zeit einen so reichen Stoff zu Controversen und Mißverständnissen bieten werde. Dadurch aber, daß manche Regeln nicht allgemein für die Servituten sondern nur für die beiden Klassen formulirt zu sein pflegten, wurde die Jurisprudenz genöthigt, alle neu entstehenden Bildungen einer oder der andern Klasse zuzuweisen, trotzdem daß die ganze Anlage derselben, wie sie sich in dem Namen ausspricht, ursprünglich gar nicht für einen so weiten Umfang eingerichtet war. Deßhalb mußte sie ferner bestimmte Gesichtspunkte aufstellen, nach denen sie diese Vertheilung vornehmen wollte. Bei Entstehung dieser Klassen war bloß darauf gesehen worden, ob die Servitut sich in der Stadt gebildet habe, oder nur auf dem Lande vorkomme, das konnte nicht mehr genügen, seitdem die einmal in der Stadt zur Anerkennung gelangten Servituten als iura praediorum *urbanorum* auf das Land versetzt waren, und an dessen Stelle trat daher die Frage, ob die Servitut zu Gunsten von praedia urbana in dem neuen, weitern Sinne beständen oder nicht. Dadurch konnte es denn kommen, daß auch die alten städtischen Servitutenbildungen, aus welchen sich der

1) Der Beweis dafür liegt in dem Umstande, daß die servitus praetorio officiendi, also das Recht, das Bauen eines Hauses dem Nachbaren zu verbieten in l. 2 de S. P. R. 8, 2 mit andern regelmäßig städtischen Servituten ausnahmsweise als ländliche genannt wird, wenn das herrschende Grundstück noch ein ländliches ist (s. u.); da sie nun aber als städtische Servitut zuerst auf dem Lande angewandt sein wird, muß sie auch zuerst nur zum Vortheil von Häusern dort bestellt sein.

Begriff der iura praediorum urbanorum erſt entwickelt hatte, wenn ſie für Grundſtücke beſtellt waren, die noch ganz unbebaut, alſo praedia rustica waren, den ländlichen Servituten zugezählt wurden, wie das Neratius in l. 2 de S. P. R. 8, 3 thut. Dort ſagt er:

> Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere.

Dieſe Stelle, die den Auslegern immer ſehr viel Schwierigkeiten gemacht hat und mit manchen Theorieen über die Eintheilung in Ruſtical- und Urbanſervituten anerkanntermaaßen völlig unvereinbar iſt, geht von der Vorausſetzung aus, daß auf dem herrſchenden Grundſtück noch kein Gebäude ſteht; während die erſtgenannten Servituten aber auch ſchon in dem praedium rusticum völlig nützlich ſein können, indem ſie die Ausſicht eines Gartens ſchützen u. ſ. w., können die beiden letzten erſt ausgeübt werden, wenn auf dem herrſchenden Grundſtück ein Gebäude errichtet wird, und ſowie ſie daher zur Ausübung kommen, verwandeln ſie ſich aus Ruſtical- in Urbanſervituten.

Der praktiſche Werth dieſer Unterſuchungen war aber ein ſehr geringer. Nur um der herkömmlichen Faſſung mancher Regeln gerecht zu werden, unterſuchte man, ob eine Bildung den servitutes praediorum rusticorum oder urbanorum zufalle; nach welchem Princip und für welche Klaſſe man ſich aber auch entſcheiden wollte, dem Reſultat nach war es gleichgültig, da ja für beide Klaſſen dieſelben Regeln ausgeſprochen waren, und ſo erklärt es ſich denn auch, warum dieſe Frage nirgends in den Quellen ausführlich beſprochen wird. Die römiſchen Juriſten vermeiden es ſchon, eine Eintheilung näher zu erörtern, die nur einen hiſtoriſchen Werth hatte, an die ſich aber keinerlei praktiſcher Erfolg knüpfte.

Zweites Kapitel.

Die durch den Ackerbau hervorgerufenen Realservituten a).

§ 42.

Die Wegeservituten.

Wir haben in der Einleitung dieſes Werks [§ 1] den Verſuch gemacht, ein Bild von der Entſtehung der Wegeſervituten zu entwerfen, und ſind da zu dem Reſultate gelangt, daß wenn dieſelben auch nicht ſofort bei der erſten Theilung des Grund und Bodens geſchaffen ſind, ihre Anfänge doch in ſehr frühe Zeit zurückreichen,

a) Wenn wir im vorigen Kapitel dahin gelangt ſind, der Eintheilung in serv. praediorum rusticorum und urbanorum einen eigentlich ſyſtematiſchen Werth abzuſprechen, zumal die einzelne Servitut, ohne daß ſie ihren Charakter verändert, bald der einen, bald der andern Klaſſe angehören kann, ſo iſt dagegen nicht zu verkennen, daß wenn die römiſchen Juriſten jene Eintheilung zur Darſtellung der einzelnen Bildungen benutzen, ſie von dem richtigen Geſichtspunkt ausgehen, wie die ganze Maſſe der Realſervituten aus hiſtoriſchen Gründen in zwei Abtheilungen zerfällt, wovon die eine die vier alten Servituten, via, iter, actus und aquaeductus und alle die einſchließt, welche jenen unmittelbar nachgebildet und im engſten Anſchluß an dieſelben entſtanden ſind, und welche daher in ihrer urſprünglichſten und nächſten Geſtalt serv. praediorum rusticorum waren, d. h. auf dem Lande und zu Gunſten des Ackerbaus geſchaffen ſind, während dagegen die andere Abtheilung alle die Servituten in ſich faßt, welche ſich ganz unabhängig von jenen auf ſtädtiſchem Gebiet zunächſt zur Förderung des Häuſerbaus ausgebildet haben. Dieſe hiſtoriſcht, nicht ſyſtematiſch intereſſante Eintheilung wollen auch wir hier beibehalten, die beiden

und daß ſie darum in den Quellen in Verbindung mit der Waſſerleitungsſervitut als die Vorbilder und Repräſentanten der andern Realſervituten aufgeſtellt werden. Es iſt aber nicht der Gattungsbegriff „Wegeſervituten", in denen ſie uns hier regelmäßig entgegentreten, ſondern ſtatt deſſen werden uns von den juriſtiſchen Schriftſtellern meiſtens drei beſtimmte Formen genannt, in denen ſie ſich die Anerkennung errungen hatten, nämlich *via*, *iter* und *actus*[b]), und wenn uns auch wohl einzelne Unterſcheidungsmerkmale für dieſelben angegeben werden, ſo iſt uns doch nirgends ein ausdrückliches Zeugniß darüber erhalten, wie und warum die Rechtsentwicklung zu dieſer dreifachen Bildung gelangte, und welches die Reihenfolge iſt, in der die drei Formen zur Entſtehung kamen. Daß ein wirkliches Bedürfniß vorhanden ſein mußte, um das Recht zu nöthigen, einen ganz neuen Anſatz auf dem Wege der Servitutenbildung zu machen, und daß demnach innere charakteriſtiſche Verſchiedenheiten unter dieſen drei Arten beſtehen müſſen, läßt ſich ſchon nach dem Gange vermuthen, der in der ganzen Entwicklung des Servitutenrechts eingehalten iſt, wo immer alle Willkürlichkeiten vermieden ſind und ſtets zwingende Umſtände nöthig waren, um Neues zu ſchaffen, und wenn wir es auch auf Rechnung der Unbehülflichkeit und Unbiegſamkeit älterer Rechtszuſtände ſetzen können, daß ſie mitunter nicht durch Erweiterung der vorhandenen Inſtitute, ſondern durch Bildung ganz neuer dem hervortretenden Bedürfniß Abhülfe verſchafften, ſo müſſen

---

Abtheilungen aber nicht wie die röm. Juriſten serv. praed. rusticorum und urbanorum benennen, da dieſe Begriffe nach ihrer ſpätern Entwicklung [ſ. den vorigen Paragraphen] durchaus nicht mehr mit jenen Abtheilungen congruent ſind.

b) Doch wird via nicht allein bei allen drei Servituten gebraucht, um den Platz, auf welchem das Wegerecht haftet, zu bezeichnen, wo es alſo ganz identiſch iſt mit unſerm „Weg" [ſo l. 14 de op. nov. nunc. 39, 1; l. 13 §. 1 de S. P. R. 8, 3], ſondern es wird auch das Recht, die servitus itineris, und die servitus actus als via bezeichnet [ſo l. 13 de serv. 8, 1; l. 14 de S. P. R. 8, 3], ſo daß via ausnahmsweiſe als Gattungsbegriff auftritt. Außerdem wird auch häufig eine oder zwei der drei Bildungen beiſpielweiſe genannt, wo die ausgeſprochene Regel doch für alle drei anwendbar geweſen wäre.

wir doch um ſo mehr vermuthen, daß die Umſtände dringend genug waren, um den Widerſtand gegen eine ganz neue Rechtsbildung zu überwinden.

Suchen wir nun, da uns die äußern Nachrichten fehlen, aus dem Inhalt dieſer einzelnen Servituten auf ihre Entſtehungsgeſchichte zurückzuſchließen, ſo werden wir zunächſt die in den Quellen angegebenen Unterſcheidungsmerkmale zuſammenzuſtellen haben.

1) *Iter*[c]) est ius eundi ambulandi hominis [non etiam iumentum agendi vel vehiculum], ſagt Juſtinian in pr. J. de serv. II, 3 nach dem Vorbild Ulpians[d]), und giebt damit, wie die kurze ſprichwörtliche Faſſung und der Gebrauch des in dieſer Weiſe alterthümlichen *ambulare* errathen läßt, wahrſcheinlich zum Theil nur die alten, bei der Errichtung oder bei der Klage gebrauchten Formeln wieder. Darnach ertheilt dieſe Servitut die Befugniß auf dem dienenden Grundſtück hin und zurück zu gehen[e]), und zwar der Regel nach nicht nur in Perſon zu gehen, ſondern auch Andere dort gehen zu laſſen, ſoweit das die Benutzung des herrſchenden Grundſtücks zu fördern

---

c) Iter wird in den Quellen mitunter auch gebraucht, ohne daß es dieſe beſtimmte Realſervitut bedeuten ſoll, wie z. B. in l. 2 § 2 si serv. vind. 8, 5 die dem Uſufruktuar eines entfernteren Grundſtücks für die Dauer des Uſusfructs zuſtehende perſönliche Durchgangsgerechtigkeit über ein näheres Grundſtück iter genannt wird. —

d) L. 1 pr. de S. P. R. 8, 3.

e) Ambulare, welches hier natürlich nicht in dem freilich ſchon früh vorkommenden Sinne (*Cato* de re rust. 143) von spatiari, luſtwandeln, ſtehen kann, da dann dieſe Servitut gegen die allgemeinen Grundſätze über die Nützlichkeit der Realſervituten [vgl. § 16 S. 142] und insbeſondere gegen den Ausſpruch der l. 8 pr. de serv. 8. 1 anſtoßen würde, iſt auf verſchiedene Weiſe gedeutet worden. Die Gloſſe bringt es mit ambo in Verbindung und es ſoll heißen „zu zweien zuſammengehen“. Voſſius läßt es aus ἀναστρέφειν contrah. ἀμπολεῖν entſtehen und überſetzt es durch „zurückgehen“. Puchta [kleine civiliſtiſche Schriften S. 128] berichtet von einer Ableitung aus ἀμφί und einem alten Wort ulare, gehen, das ſich in adulari erhalten habe [die verſchiedene Quantität des n in ambulare und adulari macht dies ſchon ſprachlich unmöglich]. Doederlein [Synonima Bd. 3 S. 25] ſieht darin ein Deminutiv von ambire (ambi — ire oder ein Derivativum von ambi). Außerdem iſt noch möglich, daß ambulare durch Anfügung der Verbalendung ulare

vermag. Daß dieſe auch etwas tragen dürfen, ſoweit es ohne Gefährde des dienenden Grundſtücks geſchehen kann, wird meiſtens dem Willen der Conſtituenten nicht widerſtreiten, ſondern bei dem landwirtſchaftlichen Zweck dieſer Servitut geradezu beabſichtigt ſein, und ſo liegt in dem Satze der l. 7 pr. de S. P. R. 8, 3, wonach man ſich auf Grund einer serv. itineris in Sänften [und zwar in sellae, die von zwei Trägern getragen wurden, wie auch in lecticae, die deren vier bis acht bedurften] über das dienende Grundſtück tragen laſſen dürfe, noch keine Erweiterung des nächſten urſprünglichen Inhalts des iter. Schon mehr liegt dieſe in der Beſtimmung der l. 12 daſelbſt, daß dieſe Servitut auch zum Reiten ermächtigt, — ein Satz, der aus der Beobachtung hervorgegangen ſein wird, daß dazu keine größere Breite erforderlich iſt, wie zum Gehen, und daß auch das Grundſtück dadurch nicht mehr beeinträchtigt wird. Der Zweck, Transport einer einzelnen Perſon, bleibt ja derſelbe, und es iſt nur ein anderes Mittel, durch welches man ihn realiſirt; dieſes Mittel wollte man nicht rigoriſtiſch ausſchließen, und ſtellte darum das Reiten dem Gehen gleich. — Wenn über die Breite des Wegs

---

direct aus ambi entſtanden ſein kann. Wie dem auch ſei, ſo ſcheinen für den Zuſammenhang mit ambi oder ἀμφί [da der ſprachlich ebenfalls mögliche mit ambo dem Sinne nach, welchen das Wort überall hat, durchaus unwahrſcheinlich iſt] die meiſten Gründe zu ſprechen. Darum heißt es zunächſt wohl nur „umbeugen“ und was damit in Verbindung ſteht „zurückgehen“; und ſo ſoll durch die obige Definition des iter nur ausgedrückt werden, wie es die Befugniß ertheilt, nach beiden Richtungen hin vorwärts und rückwärts zu gehen [das commeare der l. 12 de S. P. R.], was ſich doch keineswegs, wie Puchta behauptet, mit Nothwendigkeit von ſelbſt verſteht. Die Erklärung des Letztern durch „herumgehen auf jedem Theile des Grundſtücks“, worauf denn die Theorie gebaut wird, daß das iter urſprünglich keinen beſtimmten Weg vorausſetze, ſondern das ganze Feld ergreife, wird dadurch widerlegt, daß auch unter den Attributen der via das ambulare genannt wird, und wenn Puchta dieſen Einwand dadurch beſeitigen will, daß die Formel für die via zu einer Zeit entſtanden ſei, wo die Bedeutung von ambulare nur noch den Sprachgelehrten bekannt war, ſo hängt das damit zuſammen, daß er die Entſtehung der via überhaupt in ein zu ſpätes Alter ſetzt (ſ. u.), und er ſchlägt dann die Leiſtungen der ältern römiſchen Jurisprudenz doch auch wohl zu gering an.

nichts bei der Conſtituirung feſtgeſtellt iſt, ſo ſoll ſie durch richterliches Ermeſſen und alſo nach Gelegenheit der Umſtände und des Bedürfniſſes feſtgeſetzt werden[f]).

2) *Actus* est ius agendi vel iumentum vel vehiculum, definiren wieder Ulpian und Juſtinian[g]), und fügen hinzu: Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Darnach gewährt alſo die servitus actus nicht allein die Befugniß, Vieh über ein Grundſtück zu treiben, ja dieſe wird weder hier, noch in andern ähnlichen Stellen[h]) als ein charakteriſtiſches Kennzeichen derſelben dargeſtellt, wie man das jetzt häufig thut und aus der Bedeutung des Worts „agere“, deſſen allgemeinen Sinn man ſpecialiſirt und durch „treiben“ überſetzt, ableiten will; ſondern, es wird überall die Befugniß, Wagen über das Grundſtück zu führen als zweites gleichberechtigtes Element daneben geſtellt. Allerdings ſagt Pomponius in l. 13 de serv. 8, 1, daß wenn der Ort, an dem die Wegegerechtigkeit hafte, ſo eng iſt, daß dort kein Wagen fahren, ſondern nur Vieh getrieben werden kann, eine servitus actus vorliege, und daraus hat man faſt allgemein mit großer Beſtimmtheit ſchließen wollen, daß das Recht zur Viehtrifft ein Eſſentiale der serv. actus ſei, das nie fehlen dürfe. Allein mit Recht hat Puchta [a. a. O. S. 104] die Richtigkeit dieſes Schluſſes angegriffen und die gleiche Bedeutung beider Elemente behauptet. Wo Terrainſchwierigkeiten wegen nicht gefahren werden kann, da kann allerdings mitunter noch Vieh getrieben werden, und muß alſo auch, da eine servitus itineris nicht die Triftgerechtigkeit gewähren kann, um dieſe zu erwerben, eine serv. actus möglich ſein, während der umgekehrte Fall, wo man der Bodenbeſchaffenheit wegen nur fahren, nicht auch Vieh treiben kann, nicht leicht vorkommen wird. Allein ich glaube, daß wenn darum auch nicht die Ortsbeſchaffenheit dem actus dieſes Element entziehen kann, ſo doch der Wille der Conſti-

---

f) L. 13 § 2 de S. P. R. 8, 3. Vgl. § 25 S. 209.

g) L. 1 de S. P. R.; § 1 J. de serv. II, 3.

h) L. 12 de S. P. R.: — actus vero, ubi et armenta traiicere et vehiculum ducere licebat. L 7 daſelbſt: Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumento agere potest. Theophil. II §. 3.

tuenten dies zu thun vermag, und daß das Fehlen deſſelben allein noch nicht den Begriff des actus aufhebt. Denn dieſer ſtellt ſich gegenüber der via immer als das Recht von geringerem Umfange, als das minus dar; aus dieſem aber würde, wenn das Fehlen der Triftgerechtigkeit allein ſchon die Wegeſervitut zu einer via machen könnte [denn was ſollte ſie ſonſt ſein, da ein iter ja nicht das Recht zu fahren enthalten kann?], durch weitere Abſchwächung und Entziehung eines ihrer regelmäßigen Attribute mit einem Male das maius, das Recht von größerm Umfange werden.

Um die der serv. actus eigenthümlichen Attribute, um derentwillen ſie geſchaffen iſt, ausüben zu können, muß man meiſtens auch auf dem dienenden Grundſtücke gehen, und ſo ergab eine genaue Zergliederung der Servitut von vorneherein das Reſultat, daß darin auch die Befugniß zum Gehen enthalten ſei. Das Gehen erſcheint ohnehin gegenüber den andern Nachtheilen, welche für das dienende Grundſtück aus dieſer Servitut hervorgehen, als eine ſo geringe Belaſtung, die kaum noch einen Ort beſchädigen kann, wo Wagen zu fahren pflegen, daß die Inhaber des dienenden Grundſtücks ſelten Einſprache erhoben haben werden, wenn der Berechtigte einmal ohne Wagen oder Vieh über das Grundſtück ging, und ſo bildete ſich der Satz, daß das Recht, zu gehen, ein ſelbſtändiges und auch für ſich benutzbares Element der serv. actus ſei, oder daß, mit andern Worten, im actus ein iter enthalten ſei[i]), und während der actus zunächſt auf eine ganz verſchiedene Thätigkeit gerichtet war, wie das iter, nahm er dadurch den Charakter einer Steigerung deſſelben an[k]). Doch nur die Vermuthung ſtritt dafür, daß der Inhaber eines actus nach Belieben über das dienende Grundſtück gehen könne; es konnte ihm dies natürlich auch durch den Willen der Conſtituenten unterſagt ſein, wenn dieſe etwa einer zu häufigen Benutzung dadurch

i) L. 1 pr. de S. P. R. 8, 3: Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento.

k) Darum entſcheidet Ulpian in l. 9 § 2 de novat. 46, 2: Qui actum stipulatur, deinde iter, nihil agit. . . . Sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur; aliud est enim iter, aliud actus.

vorbeugen zu können hofften, daß sie dieselbe ausdrücklich nur für Wagen und Viehheerden gestatteten. Einen derartigen Willen der Constituenten nahm man an, wenn ein actus sine itinere constituirt war, und etwaige Zweifel darüber, ob der actus dann nicht ganz unausführbar sei, da ein Viehtreiben ohne zu gehen oder wenigstens ohne zu reiten nicht möglich sei, und selbst das Fahren und namentlich, wie es der Regel nach der Fall gewesen sein wird, das Fahren von Ackerwagen, mitunter ein Betreten des Wegs nöthig macht, und wäre es auch nur um den im Stand zu halten u. s. w., schneidet Ulpian in l. 4 § 1 si serv. vind. 8, 5 durch den Ausspruch ab:

> Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

Indem er nämlich einer solchen Servitut die Klagbarkeit zugesteht, nimmt er auch an, daß sie allen Erfordernissen der Realservituten entspricht, und also faßt er jene bei der Constituirung gebrauchten Ausdrücke nicht so, als ob darin alles Gehen verboten sei, sondern er gesteht dem Berechtigten die Befugniß zu, so viel zu gehen, als für die Ausübung der übrigen Attribute des actus erforderlich ist.

Anderer Ansicht scheint Paulus zu sein. Denn er sagt in l. 1 de adimend. legat. 34, 4:

> Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest.

Wir vermögen die Worte nicht anders zu erklären, als das Paulus annimmt, in der ademtio itineris liege ein Verbot alles Gehens, und da eben die Benutzung des actus ohne zu gehen nicht möglich sei, erscheine diese ademtio als Zufügung eines unmöglichen Modus, der daher in Gemäßheit der allgemeinen Regeln des Legatenrechts wegfalle. In so weit steht die Entscheidung von Paulus noch nicht in einem unauflöslichen Widerspruch mit der von Ulpian. Denn es ist nicht zu leugnen, daß, wenn die Parteien gleich von Anfang an einen actus sine itinere constituirten, und also, da man Ernstlichkeit des Willens voraussetzen muß, alsbald ein bestimmtes Bild mit diesem Namen verbinden mußten, man mit viel größerer Sicherheit annehmen kann, daß sie sich die Sache so dachten, wie Ulpian sie aufgefaßt hat, als wenn ein Testator erst allgemein einen actus bestellte, und dann später nur das iter adimirte. Hier

iſt es ſehr leicht möglich, daß er glaubte, oben auch nur ein iter legirt zu haben, und daß er alſo wirklich ganz verſchiedene Dinge gab und nahm, oder daß er ſich kein klares Bild von dem Rechtsverhältniß machte, welches nun entſtand, und eine Benutzung des actus ohne alles Gehen für ausführbar hielt, ſo daß er wirklich eine unmögliche Rechtsbildung projectirt hatte. Darum iſt alſo die Entſcheidung von Paulus in ſo weit noch nicht in unbedingten Widerſpruch mit Ulpian; wohl aber iſt das der von Paulus gebrauchte Grund: quia nunquam actus sine itinere esse potest. Wie er aber zu dieſem Ausſpruch kam, begreift ſich, wenn man das eben Geſagte berückſichtigt. Er hatte nur einen Fall im Sinne, wo die Entziehung des iter als das Verbot alles Gehens angeſehen wurde, und dieſen Sinn ſubintelligirte er nun überall, wo von einem actus sine itinere die Rede war. Daß die Compilatoren beide Stellen aufnahmen wird erklärlicher, wenn man berückſichtigt, daß ſie verſchiedenen Klaſſen angehörten [l]).

Die Breite des actus iſt, wenn die Conſtituenten darüber nichts feſtgeſetzt haben, wieder durch richterliches Ermeſſen zu fixiren [m]). Aeltere Juriſten haben freilich auf Grund von *Varro* de ling. Lat. V. §. 34. und *Isidorus* Orig. l. 15 c. 15 eine geſetzliche Breite von vier Fuß ſtatuiren zu müſſen geglaubt, aber es iſt wiederholt

l) Puchta a. a. O. S. 118 ruft die Untheilbarkeit der Realſervituten zu Hülfe, um den Zwieſpalt beider Stellen zu heben, indem danach eine einmal conſtituirte Servitut nicht theilweiſe wieder aufgehoben werden könne. Allein abgeſehen davon, daß dann die Schlußworte von Paulus noch viel unerklärlicher oder viel mehr unverantwortlicher gefaßt erſcheinen, ſo möchte das auch wieder ein Mißbrauch der viel mißbrauchten Untheilbarkeit der Realſervituten ſein. Wie ich ſchon erwähnt (§ 39 S. 352 fl.) und noch mehrmals ausführen muß, ſchließt dieſe nicht aus, daß von der einmal beſtehenden Servitut einzelne Beſtandtheile untergehen, wenn nur die Befugniſſe, welche in Kraft bleiben, derartig ſind, daß ſie ſelbſtändig ausgeübt werden können. Nach Puchta's Anſicht müßte man auch annehmen, daß wenn erſt jemand ſagte: ich legire dem N. N. eine serv. viae, aber er darf auf dem Wege nicht mit der und der Art Wagen fahren, die letztere Beſchränkung ungültig ſei, da darin eine ademtio einzelner durch die algemeine Beſtellung der via bereits verliehener Befugniſſe und alſo eine Theilung der untheilbaren serv. viae liege.

m) L. 13 § 2 de S. P. R. 8, 3.

nachgewieſen worden, wie jene Stellen nicht von der Wegeſervitut des actus, ſondern von einem gleichnamigen Feldmaaß reden. Daß die Parteien auch über die Art und Anzahl des Viehs, welches übergetrieben werden darf, über die Form der zu brauchenden Wagen, ebenſo wie über die Ausübungszeit u. ſ. w. Anordnungen treffen können, ergiebt ſich von ſelbſt aus früher Vorgetragenem, und wollen wir hier nur bemerken, daß unſere Praktiker da, wo beſchränkende Beſtimmungen getroffen ſind, von einem *actus minus plenus* zu ſprechen pflegen[n]).

3) *Via* est ius eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continet via[o]). Darnach werden dem Innehaber einer serv. viae nur dieſelben Befugniſſe zugeſprochen, wie dem, welcher einen actus hat, da dieſer ja ſchon, wie erwähnt, regelmäßig auch die Befugniſſe, welche im iter enthalten ſind, inne hat, nur daß dem Argument der l. 13 de serv. 8, 1[p]) und der l. 23 pr. de S. P. R. 8, 3[q]) zufolge, der Inhaber der via immer die Möglichkeit haben muß, Vieh zu treiben und mit Wagen zu fahren, während Letzterem die eine dieſer Befugniſſe entzogen ſein kann. Das aber begründet eine Unterſcheidung, die ſich nicht regelmäßig, ſondern nur ausnahmsweiſe zeigt bei beſonderer Geſtaltung des dienenden Grundſtücks oder wenn von den Conſtituenten hinſichtlich der Beſchränkung des actus Verabredungen getroffen ſind, und die darum auch ſchwerlich allein die Bildung verſchiedener Inſtitute veranlaßt haben wird. Einen weitern Unterſchied giebt Paulus in l. 7 de S. P. R. 8, 3 an, wo er ſagt:

> Qui viam habent, eundi agendique ius habent; plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedant.

---

n) Glück, Commentar Bd. 10 S. 153.

o) Pr. J de serv. 2, 3; l. 1 pr. de S. P. R. 8, 3. Vgl. l. 7 daſelbſt.

p) *Pomponius.* — Si tam augusti loci demonstratione facta via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque iumentum ea inire possit, iter magis, quam via aut actus acquisitus videbitur; sed si iumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus

q) *Paulus.* — Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, ut tamen eum latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest; alioquin iter erit, non via.

während er im Anfang der Stelle dem Innehaber eines actus das ius trahendi lapidem aut lignum abgesprochen hat. Aber auch dies ist kein charakteristisches und durchgehendes Unterscheidungsmerkmal, da Paulus nur sagt: die Meisten [plerique] haben es; es kann auch fehlen, wo die Umstände einen entgegengesetzten Willen der Constituenten vermuthen lassen, oder solcher gar ausgesprochen ist. Noch ein Unterschied liegt darin, daß wenn die Breite des Wegs nicht bei der Constituirung festgesetzt ist, nach Gaius Ausspruch in l. 8 de S. P. R. die in den 12 Tafeln für die öffentlichen Wege bestimmte Breite von 8 Fuß „in porrectum“ und von 16 „in anfractum“ eintreten soll[r]). Da aber der actus nach den jedesmaligen Umständen bald schmäler, bald breiter durch richterliches Ermessen festgesetzt werden kann, so kann auch er mitunter auf acht Fuß fixirt werden, und so ist auch dieser Unterschied kein durchgreifender, und da, wo die Parteien selbst die Breite bestimmen, ist er ohnehin nie erkennbar.

Dies ist das Verhältniß der drei Wegeservituten, wie es uns zunächst in den Quellen entgegentritt. Wenn darnach auch die getrennte Ausbildung von iter und actus genügend erklärt wird, so bleibt dagegen die Entstehung der via räthselhaft, da die wenigen Attribute, die sie vor dem actus auszeichnen, so unerheblich sind, und so selten in Betracht kommen werden, daß sie unmöglich in so früher Zeit ein Institut geschaffen haben werden, welches mit solcher Zähigkeit eine selbständige Stellung behaupten, ja oft als das wichtigste sich darstellen konnte. Aeltere Juristen haben sich nun freilich alle erdenkliche Mühe gegeben, den Unterschied so groß wie immer möglich erscheinen zu lassen, und manche haben sich sogar nicht anders helfen zu können vermeint, als daß sie mit kühner Hand gegen das einstimmige Zeugniß aller Handschriften und Ausgaben alle jene Stellen änderten, welche dem Innhaber des actus die Befugniß, zu fahren, zugestehen, und z. B. aus dem „vel vehiculum“ in jenen Legaldefinitionen des actus ein „non etiam vehiculum“ machten; doch fanden sie zur Ehre der Jurisprudenz dafür

r) Vgl. l. 23 pr. de S. P. R. 8, 3.

ſehr geringen Beifall. Andere haben mit Aufwand großer Gelehrſamkeit und mit beſonderer Eleganz im Geſchmack früherer Jahrhunderte zu beweiſen geſucht, daß man vermöge eines actus nur mit einer ganz beſondern Art von Wagen fahren dürfe, und zwar nach Einigen nur mit Schiebkarren [currus trusatiles], nach Andern nur mit zweiräderigen Ackerwagen [plaustra minora]. Allein auch dieſe Verſuche ſind oft und genügend widerlegt[s]), und ſie konnten auch manche Eigenthümlichkeiten der via nicht erklären, ja ließen dieſe wohl noch ſtärker hervortreten. So blieb es namentlich ein Räthſel, warum die römiſchen Juriſten, wenn ſie den Inhalt der via angeben wollen, das durch Zuſammenſtellung der beiden Verba ire und agere thun[t]), von denen ſonſt jedes einzeln benutzt wird, um den Inhalt der serv. itineris und der serv. actus anzugeben, wie ferner mitunter ſogar die serv. viae durch „iter et actus“ bezeichnet wird[u]), während doch eine bloße Addition der durch dieſe beiden Servituten verliehenen Befugniſſe niemals zur serv. viae zu führen vermag[v]).

Mit Recht iſt daher namentlich Puchta in ſeiner Doctordiſſertation und ſpäter (1823) in einer Abhandlung über die römiſchen Wegeſervituten[w]) zu dem Schluſſe gekommen, daß nicht in dem größern oder geringern Umfang der daraus hervorgehenden Befug-

---

s) Glück Commentar, Bd. 10 S. 155.

t) L. 9 de serv.; l. 7 pr. de S. P. R. 8, 3; l. 6 quemadm. serv. am. 8, 6.

u) L. 13 § 1 de acceptil. 46, 4. Doch iſt keineswegs überall, wo dieſe Zuſammenſtellung vorkommt, auf eine via zu ſchließen.

v) Das erkennt auch Ulpian in l. 13 § 1 de accept. 46, 4 an, wenn er ſagt: Si tamen via quis stipulatus accepto iter vel actum fecerit, acceptilatio nullius erit momenti; hoc idem est probandum si actus accepto fuerit latus; si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere, liberatum eum, qui viam promisit. Wären iter und actus wirklich die beiden Summanden der via, ſo müßte auch die Acceptilation nur auf einen derſelben gerichtet ſein können, da dann auch eine Zerlegung der Summe möglich ſein müßte, und die via dann nicht zu dem im Anfang jener Stelle Genannten gehören würde, quod divisionem non recipiat, und bei dem daher eine theilweiſe Acceptilation unmöglich ſei.

w) Kleine civiliſtiſche Schriften S. 74—131.

nisse der charakteristische Unterschied zwischen den drei Wegeservituten liegen müsse, sondern in einer gänzlich verschiedenen Structur, die den römischen Juristen als so zu Tage liegend erschienen sein müsse, daß sie, so weit die uns erhaltenen Schriften reichen, einen ausdrücklichen Hinweis darauf für überflüssig erachteten. Er stützt sich dabei namentlich darauf, daß nachdem im Anfang des Titels de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3) die Servituten iter und actus ebenso definirt sind, wie die via, und darnach der Unterschied zwischen iter und actus doch schon völlig anschaulich geworden ist, doch noch als l. 12 eine Stelle des Modestin aufgenommen ist, die lautet:

> Inter actum et iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest; actus vero, ubi et armenta traiicere et vehiculum ducere liceat,

während es nicht nöthig befunden ist, auf den Unterschied von actus und via, der uns viel weniger groß erscheint, besonders hinzuweisen. Indem ich bis so weit Puchta durchaus folge, möchte ich das Charakteristische jeder Servitut doch in etwas Anderm finden, oder wenigstens, da ich ihm in den Hauptsachen beistimme, dasselbe anders formuliren. Während nämlich er auf den Umstand, ob die Servitut einen bestimmten Weg voraussetze oder auf dem ganzen Grundstück geübt werden dürfe, allen Nachdruck legt, möchte ich annehmen, daß, wie schon aus der verschiedenen Bezeichnung der Servituten erkannt werden kann, — *iter* und *actus* nur zu einzelnen bestimmt bezeichneten Handlungen ermächtigen, indem sie das Recht verleihen, dort zu gehen, dort Vieh zu treiben und zu fahren, während dagegen die *serv. viae* dazu berechtigt, eine Straße, und zwar eine Fahrstraße, zu haben und auf dieser zu verfahren, wie man auf solchen zu verfahren pflegt; sie will ein Verhältniß schaffen, welches für den Berechtigten denselben Vortheil gewährt, als ob zu seinem Grundstück eine öffentliche Landstraße, via publica, führe, mit der sie darum auch den gemeinsamen Namen trägt. Der nächste unmittelbare Inhalt ist also das Recht auf die Straße, erst eine weitere Consequenz dieses Rechts ist es, dort gehen, fahren u. s. w. zu können. Dies scheint mir aus folgenden Betrachtungen hervorzugehen:

Iter und actus ſind manchen Anzeichen nach die ältern Inſtitute; ſie genügten, um den einfachen Bedürfniſſen des Ackerbaus Abhülfe zu gewähren, und andere Bedürfniſſe kannte man ja noch nicht, ſo lange die gefahrvollen Zuſtände der ältern Zeit die Bürger in den Städten vereinigten und ein eigentliches Landleben unmöglich machten. Für den Inhalt des iter und actus waren beſtimmte techniſche Bezeichnung (ire et ambulare — agere) üblich geworden; wäre die via gleich alt, würde auch ſie ein entſprechendes Verbum haben, da ſie aber ſpäter entſtand, übertrug man jene Ausdrücke auch auf ſie, um damit anzudeuten, daß man vermöge einer via zu alle den einzelnen Handlungen berechtigt ſei, zu welchen man ſonſt durch einzelne ausdrücklich hierauf gerichtete Servituten ermächtigt ward. Durch die Addition ire agere ambulare ſollte das Univerſelle dieſer Servitut angedeutet werden, ohne daß jedoch jene Worte auch den ganzen Inhalt derſelben in ſich aufzunehmen vermochten; denn für die übrigen Elemente der via hatten ſich noch keine techniſche Bezeichnungen gebildet.

Wenn wir nun aber auch die Entſtehung der via in ſpätere Zeit, wie die von iter und actus ſetzen, ſo wollen wir doch keineswegs darin ſo weit gehen, wie Puchta, der derſelben eine zu große Jugend vindiciren möchte, wenn er den Umſtand, daß bei Cicero und andern Schriftſtellern ſeiner Zeit die via als Servitut nicht erwähnt wird, ſo wie den, daß in dem prätoriſchen Edict über das interdictum de itinere actuque privato die Anwendbarkeit deſſelben auf die via erſt durch eine ſpätere leicht erkennbare Interpolation ermöglicht iſt[x]), zum Beweiſe der ſpätern Entſtehung benutzen will, da es, wenn die via erſt nach Ciceros Zeit zur Geltung gelangt wäre, nachdem alſo ſchon manche andere Servituten dem Recht bekannt geworden waren, unwahrſcheinlich wäre, daß ihr noch der Charakter einer res mancipi ertheilt wäre [vgl. die Ausführungen im §. 1. S. 13 ff.]; vielmehr weißt dieſer darauf hin, daß die Anfänge der via auch in verhältnißmäßig alte Zeiten zurückreichen. Jenes Schweigen von Cicero kann ich daher nur als ein zufälliges an-

x) L. 1 de itinere actuque privato 43, 19: Praetor ait: *Quo itinere, actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi* etc.

erkennen, und daß der Prätor erſt ſpäter das interdictum de itinere actuque auf die via anwendbar machte, kann davon kommen, daß für die via Anfangs das Bedürfniß nicht ſo hervortrat, oder daß ſie vielleicht ſeither ihr eigenes Interdict gehabt hatte. Ein Bedürfniß für Ausbildung der via mochte alsbald entſtehen, als man anfing, nicht blos mehr der Landwirthſchaft wegen außerhalb der Städte zu weilen, ſondern dort dauernde Häuſer zu erbauen und mit allem ſtädtiſchen Luxus dahin auszuwandern. Jetzt konnte es nicht mehr genügen, daß man für einzelne beſtimmte Handlungen berechtigt wurde; das hätte zu ewigen Ungewißheiten und Streitigkeiten geführt. Die Erforderniſſe, welche man zu den neu entſtehenden Willen hinſchaffen mußte, waren ſo mannigfaltig geworden, man mußte Baumaterialien hintransportiren, und ſolche ließen ſich oft vielleicht nicht auf Wagen, ſondern nur durch Wälzen hinbringen, oft mochten ſie hoch in die Luft ragen[y]), und ſo konnten Handlungen nöthig werden, welche bei dem rein landwirthſchaftlichen Charakter des iter und actus auf Grund derſelben nicht geſtattet zu werden brauchten. Dazu kam, daß die Benutzung der Wegegerechtigkeit, die früher vielleicht ein ſeltener Act geweſen war, jetzt, wo man auf dem herrſchenden Grundſtück wohnte, ungleich häufiger wurde, daß man nicht mehr allein für ſich und ſeine Familie, ſondern für alle, die in Geſchäften oder beſuchsweiſe dahin kamen, eines Wegs bedurfte, und daß man daher dieſen bequemer, dauerhafter und auch wohl eleganter wird haben einrichten wollen, als wie man das, wenn man nur ein serv. itineris oder actus hatte, gegen den Willen des Eigenthümers thun durfte.

Puchta will, wie erwähnt, die charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit des iter und actus darin finden, daß kein beſtimmter Weg vorge-

y) Daß die Berechtigung zu allen ſolchen Handlungen in einer serv. viae enthalten ſein konnte, deutet Paulus an, wenn er in l. 7. de S. P. R. 8, 3 beiſpielsweiſe die Frage behandelt, ob der Inhaber einer via ein ius trahendi et rectam hastam referendi habe, beides Handlungen, die man auf einer via publica wird vornehmen können. Sie ſind aber hier nur beiſpielsweiſe beſprochen, und es ſind nicht beſondere charakteriſtiſche Attribute der serv. viae, wie man häufig angenommen und wofür man daher vergebens nach Gründen geſucht hat.

ſchrieben zu ſein brauchte und der Berechtigte dann über jeden Theil des Grundſtücks gehen und fahren konnte, ja dies ſoll der urſprüngliche und regelmäßige Fall geweſen ſein, von dem Anfangs nur abgewichen wurde, wenn factiſche Gründe es unmöglich machten, anders als auf einem beſtimmten Wege zu gehen und zu fahren, bis ſpäter auch dem Parteiwillen die Befugniß, den Weg zu fixiren, eingeräumt ſei. Allein ich glaube, daß die von Puchta dafür angeführten Umſtände dies nicht zu beweiſen vermögen; denn daß keine geſetzliche Breite für iter und actus feſtgeſetzt iſt, wie das für die via geſchehen iſt, ſondern daß dem richterlichen Ermeſſen die Feſtſetzung überlaſſen iſt, rührt daher, weil dort ſchon die Natur der geſtatteten Handlung einen genügenden Anhaltspunkt für Ermittelung des Willens der Conſtituenten hinſichtlich der Breite zu geben vermochte, während da, wo das Recht allgemein auf eine Straße ging, auf der ſo verſchiedenartige Handlungen vorgenommen werden konnten, eine viel größere Unſicherheit über den wahrſcheinlichen Willen herrſchen mußte. Mit Recht nahm aber hier die Jurisprudenz an [und nicht etwa ein Act der Geſetzgebung, ſo daß von einer geſetzlichen Breite der Privatwege eigentlich in Rom keine Rede ſein konnte], daß die Parteien wahrſcheinlich die Breite beabſichtigten, welche die öffentliche Straße ſchon nach einem Zwölftafelgeſetze wenigſtens haben mußte, indem ja die serv. viae dahin zielte, eine der via publica ähnliche Straße zu ſchaffen; ſo entſtand auch hier der Satz, viae latitudo in porrectum octo pedes habet, in anfractum, idest, ubi flexum est, sedecim[z]).

z) L. 8 de S. P. R. 8, 3. Bekanntlich iſt es nicht unbeſtritten, wie das anfractum zu verſtehen ſei. Früher verſtand man darunter allgemein jede Beugung der Straße; weshalb aber dieſe ſofort doppelte Breite haben ſollte, blieb unklar, und ſo ſtellte Hugo [Geſchichte des R. R. § 85] die Meinung auf, daß darunter eine völlige Umbeugung am Ende des Wegs zu verſtehen ſei, wo eine größere Breite nöthig war, um das Fuhrwerk umdrehen zu können. Doch iſt dagegen ſchon mit Grund geltend gemacht worden, wie dazu bei den unbehülflichen Wagen der ältern Zeit 16 Fuß nicht hinreichten, und wie bei der Einrichtung der öffentlichen Wege, auf die ſich doch jener 12 Tafel-Satz bezog, eine ſolche Sackgaſſe ſelten oder nie vorgekommen ſein wird. Mehr zu empfehlen ſcheint mir Puchta's Erklärung (a. a. O. S. 90), wonach die

Auch die andern Gründe Puchta's, welche er dafür anführt, daß iter und actus regelmäßig nicht fixirt waren, ſind meiſtens ſchon durch frühere Darſtellungen widerlegt, oder die Unhaltbarkeit derſelben liegt auf der Hand, wie wenn er von dem Grundſatz ausgehend, daß ſich die ganze Theorie der Wegeſervituten an dieſen alten nicht fixirten Formen entwickelt habe, dahin gelangt, daß nur durch ſie der Satz habe entſtehen können, servitutes praediorum rusticorum tales sunt, ut non habeant certam continuamque possessionem, da ja, wenn eine feſte Straße gleich Anfangs da geweſen ſei, man doch hätte annehmen können, daß das Recht auf eine Straße fortwährend geübt werde, ſo lange die Straße vorhanden ſei, während man das Gegentheil ausſpreche, angeblich weil ein fortwährendes ire und agere unmöglich ſei, — wenn er deßhalb weiter annimmt, daß bei einer feſten Straße die Ausbildung beſonderer Interdicte zum Schutz in der Ausübung der Wegeſervituten unnöthig geweſen ſei, da das interdictum uti possidetis bei der Continuität des Beſitzes genügt habe u. ſ. w. Er überſieht, daß auch an der via kein ausſchließlicher fortwährender Beſitz möglich iſt, da ja der Wegeberechtigte dem Eigenthümer des dienenden Grundſtücks die Benutzung nicht unterſagen kann, wenn die eigne Benutzung zum Zweck der Servitutübung dadurch nicht beeinträchtigt wird, und daß darum die Detention des Wegs jedesmal aufhört, ſobald die Benutzung aufhört, ſo daß der Grund, man kann nicht fortwährend

---

Breite von 16 Fuß da ſtatthaben ſoll, wo ein Weg im Winkel auf den andern trifft, wie das bei den ſich rechtwinklich ſchneidenden limites ja fortwährend der Fall war. Wären die Straßen an den Schneidepunkten nicht weiter, wie acht Fuß geweſen, ſo wäre das Einbiegen in einen Seitenweg ſehr ſchwierig geweſen, und deßhalb war eine derartige Maßregel nöthig, wie wir ſie noch heutigen Tags auf jeder Landſtraße eingehalten finden. Puchta (a. a. O. S. 126) kann ſich freilich dann den Umſtand, daß die Quellen die größere Breite des amfractus auch mit Rückſicht auf die servitus viae ausſprechen, nur ſo erklären, daß die Juriſten an die Möglichkeit einer Kreuzung zweier Privatwege deſſelben Berechtigten auf demſelben Grundſtück gedacht haben; allein er überſieht meines Erachtens dabei, daß auch da, wo der Privatweg von dem öffentlichen abbiegt, eine größere Breite nöthig war, und daher hier der amfractus liegen konnte.

gehen und fahren, auch da, wo ein beſtimmter Weg vorhanden iſt, die Discontinuität des Beſitzes beweiſen kann.

Daß aber beim iter und actus die Feſtſetzung eines beſtimmten Wegs keineswegs eine Nothwendigkeit iſt, ſondern daß ſie von Anfang an, wie noch im juſtinianeiſchen Recht [aa]), ſo konſtituirt werden konnten, daß der Berechtigte gehen durfte, wo er wollte, ſcheint auch uns keinem Zweifel zu unterliegen, und behaupten wir nur, daß ſie auch von Anfang an unter Umſtänden auf einem beſtimmten Wege ausgeübt werden konnten, wie das für das Recht der klaſſiſchen Zeit in einer Reihe von Stellen vorausgeſetzt wird [bb]). Sie waren nothwendig nur auf das ire oder agere gerichtet; in welcher Weiſe dies geſchehen mußte, das war jedesmal feſtzuſetzen, und die Umſtände ließen meiſtens ſchon erkennen, was da die Abſicht der Conſtituenten war. Sollte das iter von einem beſtimmten einzelnen Punkt zu einem andern Punkt führen, ſo wird ſo gewiß von Anfang an ein beſtimmter Weg in Abſicht geweſen ſein, als nur eine grade Linie zwiſchen beiden möglich iſt, und jedes willkürliche Abweichen von derſelben eine Verlängerung des Wegs und alſo eine unnütze Belaſtung des Grundſtücks geweſen wäre. Sollte dagegen z. B. von einer Wieſe über eine andere Heu abgefahren werden, ſo konnte es grade von Vortheil für die letztere ſein, wenn jedes Mal eine andere Stelle zur Ueberfahrt gewählt wurde, da der einmalige Druck durch den Wagen der Graßnarbe noch nicht ſchadete, ein mehrmaliger auf derſelben Stelle ausgeübter aber ſie zu vernichten vermochte. Hier konnte alſo um des dienenden Grundſtücks willen ein Wechſel des Wegs beabſichtigt ſein. Die Frage, ob der actus oder iter fixirt ſei oder nicht, erſchien immer als eine Nebenfrage.

Anders verhielt es ſich dagegen bei der via, indem es hier ſtets

---

aa) L. 13 § 1 de S. P. R. 8, 3.

bb) L. 13 § 1 und § 2, l. 26, l. 28 de S. P. R. 8, 3; l. 11 pr. de aq. et aq. pl. arc. 39, 3 u. a. a. O. Dafür ſpricht auch, daß das prätoriſche Edict nach l. 2 § 31 und 35 ne quid in loco publ. 43, 8 neben der via publica von einem iter publicum ſprach, der doch wohl immer ein fixirter war, wie ferner die § 1 S. 4 abgedruckte Stelle aus *Siculus Flaccus* de cond. agror.

wesentlich war, daß eine bestimmte Straße vorhanden sei, und deßhalb wurden auch da, wo bei der Servitutbestellung die nähere Angabe der Richtung unterlassen war, in welcher die Straße zu führen sei (vgl. § 25 S. 207 ff.), mit dem Moment, wo der Berechtigte eine bestimmte Straße eingeschlagen hatte, alle andern Theile des Grundstücks von der Servitutenlast frei cc), während nirgends gesagt wird, daß bei einem so allgemein constituirten iter oder actus schon durch das ire oder agere in einer bestimmten Richtung die übrigen Theile des Grundstücks befreit werden; vielmehr ausdrücklich bestimmt wird, der Eigenthümer dürfe auf dem ganzen Grundstück nichts vornehmen, was die Ausübung des iter und actus verhindere, bis er nicht, wie ihm das Billigkeitshalber da zugestanden wird, wo nicht ausdrücklich die Ausdehnung der Servitut auf den ganzen Acker ausgesprochen ist, durch einen Schiedsrichterspruch dem Servitutberechtigten einen bestimmten Weg habe anweisen lassen dd). Hier bedarf es also einer richterlichen Determination, um den Weg zu fixiren, und die Ausübung erzeugt noch kein Präjudiz, da es mit dem Wesen von iter und actus durchaus vereinbar ist, daß er auf dem ganzen Grundstück ruht, während das bei der via nicht der Fall ist, so daß sie nur da ausgeübt werden kann, wo eine bestimmte Straße vorliegt, und wer sie ausübt, daher damit spätestens eine Straße wählt.

Mag nun eine bestimmte Richtung für den Weg vorgeschrieben sein oder nicht, so ist doch sowohl beim actus, wie beim iter der Berechtigte ermächtigt, die Vorrichtungen anzubringen, welche für die Ausübung nothwendig sind, und er kann daher auch in beiden Fällen, wenn er nicht anders durchkommen kann, eine künstliche Straße bauen, oder auch, um den Aufgang zu einem Hause zu erlangen, wohin der Weg führen soll, Stufen u. s. w. anlegen ee). Nur darf er immer nicht mehr thun, als wie zu einer gehörigen Ausübung der ihm gestatteten Handlung durchaus erforderlich ist. Bei der via wird, wenn es auch nirgends ausdrücklich gesagt wird, ihm

cc) L 9 de serv. 8, 1.
dd) L. 13 § 1 de S. P. R. 8, 3.
ee) L 2 0 § 1 de S. P. U. 8, 2.

wohl ſchon ein weiterer Spielraum nachgegeben werden müſſen, indem ſein Recht ja zunächſt auf das Haben einer Straße geht, und ihm daher auch Alles geſtattet ſein muß, was man in jener Gegend und in jenen Verhältniſſen gewöhnlich zur Herrichtung einer ordentlichen Straße einzurichten pflegt, ſelbſt wenn die einzelnen Benutzungshandlungen auch ohne ſolche Einrichtungen möglich wären, und dadurch kann es geſchehen, daß der Innehaber einer via der bloßen Ausſchmückung wegen oder zu ähnlichen Zwecken manche Handlungen vornehmen darf, wenn ſolche herkömmlich ſein ſollten. — Vermöge der Wegegerechtigkeiten iſt man auch berechtigt, die zur Wegebeſſerung nöthigen Materialien auf dem Wege zuzuführen, ja mitunter erſcheint es als eins der adminicula jener [ſ. § 25 S. 214 ff.], daß man auch über andere Theile des dienenden Grundſtücks die Materialien anfahren oder daß man ſie auch von dem Grundſtück ſelbſt entnehmen darf[ff]).

Einzelne Male wird außer den beſprochenen drei Wegeſervituten noch der *aditus* als das Recht auf einen Zugang erwähnt; meiſtens[gg]) dann, wenn eine andere Servitut, ususfructus oder haustus, zergliedert und die Bemerkung gemacht wird, daß man kraft dieſer auch Anſpruch auf einen Weg habe, ſo daß der aditus da nicht als eine ſelbſtändige Servitut mit eigenem techniſchen Namen, ſondern nur als eine kürzere Bezeichnung des aus einem andern Titel entſtandenen ius adeundi ſich darſtellt. In l. 5 de sep. violat. 47, 12[hh]) ſcheint der aditus dagegen neben dem iter als eigene Servitut genannt zu werden und ebenſo der *ambitus*, wie auch *Hyginus* [de gen. controv. Schriften der röm. Feldmeſſer S. 134, 7] ſagt: De via, et actu et itinere et *ambitu* et *accessu* et rivis . . . saepe moventur contentiones, und ſo ambitus und accessus als beſondere Formen der Wegegerechtigkeiten in gleicher Linie mit via, iter und actus zu ſetzen

---

ff) L. 4, l. 5 pr. und § 1 de itinere 43, 19.

gg) L. 1 § 1 si usufr. petat. 7, 6; l. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 11 § 1 comm. praed. 8, 4.

hh) *Pomponius.* —.... legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulcra, quae in fundis sunt, iter iis, aditus, ambitus funeri faciendi sit.

ſcheint. Allein man kann wohl annehmen, daß hier eine pleonaſtiſche Ausdrucksweiſe vorliegt; die Bezeichnungen via, iter, actus charakteriſiren die Servitut nach ihrer rechtlichen Natur, ihrem Umfange und Inhalte nach; durch die Bezeichnungen aditus, accessus, ambitus wird dann der Zweck der einzelnen Bildung angegeben, und zwar durch die beiden erſtern dahin, daß die via, der actus oder das iter nur dazu diene, überhaupt einen Zugang zu ſchaffen, durch ambitus aber dahin, daß ſie die Möglichkeit gewähren, um ein Gebäude herum zu gehen[ii]). Außerdem wird der ambitus aber noch in zwei gleichlautenden Stellen der Agrimenſoren dem actus und iter gleichſam als dritte Servitut ſtatt der via entgegen geſetzt, indem es bei *Frontinus* de controv. agrorum [röm. Feldmeſſer S. 58, 19] und bei *Aggenus Urbicus* de controv. agror. [daſelbſt S. 89, 21] heißt: Nam quae sit conditio itinerum non exigua iuris tractatio est; agitur enim utrumne actus sit an iter an ambitus. Eine genügende Erklärung dieſer Erſcheinung wiſſen wir nicht zu geben.

§ 43.

Die Waſſerleitungs- und die Waſſerſchöpfungsſervitut.

In der *servitus aquaeductus*, welche Ulpian und Juſtinian definiren als das ius aquae ducendae per fundum alienum[a]), läßt ſich ein doppeltes Element unterſcheiden; in Folge des einen, welches immer vorhanden iſt, verleiht ſie die Befugniß, einen Raum des

---

ii) Isidorus de agris [Schriften der röm. Feldmeſſer S. 370, 27] Bekanntlich mußte nach den zwölf Tafeln und nach ſpätern Geſetzen jedes Gebäude einen beſtimmten Abſtand von der Grenze einhalten, und hatte daher einen ambitus auf eigenem Grund und Boden; allein dieſe Geſetze waren zeitweilig ganz außer Uebung geweſen, wie ſchon das Vorhandenſein der meiſten ſtädtiſchen Servituten beweiſt [ſ. § 45], und ſo konnte es bei den unmittelbar an der Grenze erbauten Häuſern von Intereſſe ſein, einen ambitus auf fremden Grund und Boden zu haben, was denn durch die serv. ambitus erreicht wurde. Dieſe gehört daher als ſolche ſchon den auf ſtädtiſchen Grundſtücken entſtandenen Servituten an, wie auch der aditus häufiger als das Recht, zu Gebäuden hinzugehen, erſcheinen mag.

a) L. 1 pr. de S. P. R. 8, 3; pr J. de serv. II, 3.

dienenden Grundſtücks für die Leitung von Waſſer, alſo zum Transport einer beſtimmten Sache, zu benutzen, und lehnt ſich daher inſofern eng an die Wegeſervituten an, die ja auch den Transport von Menſchen oder Sachen über fremden Grund und Boden ermöglichen ſollen, nur daß die beſondere Natur des Waſſers eigenthümlicher Vorkehrungen und einer eigenen Verfahrungsweiſe bedarf. Auf dieſe nahe Verwandtſchaft von Wege- und Waſſerleitungsſervituten weiſt auch die Bezeichnung hin, welche der letztern mitunter in den Quellen gegeben wird, nämlich als *iter aquae*[b]; wo dieſer Ausdruck gebraucht wird, darf man auch wohl vermuthen, daß die Servitut in dem betreffenden Falle nur jenes eine Element, das Recht auf einen Raum zum Leiten, nicht auch das andere, das Recht zur Occupation des fremden, auf dem dienenden Grundſtück befindlichen Waſſers enthalten habe. Denn letzteres iſt keineswegs ein immer vorhandenes Attribut der Waſſerleitungsſervitut, vielmehr genügt ihr das erſtere Element, wenn das Waſſer von einem entfernten eigenen Grundſtück des Servitutberechtigten hergeleitet werden ſoll[c]), oder aus einem öffentlichen Gewäſſer, aus dem die Leitung geſtattet iſt [vgl. § 30 S. 280], ja ſtrenge genommen ſelbſt dann, wenn das Waſſer aus einem flumen privatum entnommen wird. Denn da es hier noch den Charakter als aqua profluens hat und als ſolches den res communes omnium angehört, die von jedem, der die factiſche Gewalt dazu hat, occupirt werden können[d]), ſo genügt es dem, der es ableiten will, wenn ihm hierzu der nöthige Raum gewährt wird; ein Recht auf das Waſſer ſelbſt vermag der Eigenthümer des flumen privatum nicht zu geben, weil es ihm, ſo lange er es nicht in einen Teich u. ſ. w. gefaßt und damit occupirt

b) L. 15, l. 21 de S. P. R. 8, 3; l. 16 quemadm. serv. am. 8, 6; l. 19 § 4 comm. divid. 10, 3; l. 8 de aq quot. et aest. 43, 20 u. a. a. O.

c) Erwirbt der Servitutberechtigte das Grundſtück, auf welchem ſich das Waſſer befindet, erſt nach der Servitutbeſtellung, ſo wird in der Servitut fortwährend auch noch das Recht auf Waſſerbezug enthalten ſein, da in Folge der Einheit der Servitut gegenüber den mehreren Grundſtücken [vgl. § 9 S. 85 ff.] der neu erworbene eigene Grund und Boden Theil des fundus serviens bleibt, und die Servitut als Ganzes ihren frühern Inhalt behalten muß.

d) L. 2 § 1 de divis rer. 1, 8.

hat, gar nicht gehört, und weil er, wenn er Nichtſervitutberechtigten die Ableitung und Benutzung des Waſſers, ſo lange es auf ſeinem Grundſtück iſt, unterſagt, dies nur vermöge ſeines Rechts an dem Grund und Boden thun kann, kraft deſſen er keine Berührung desſelben oder der darauf befindlichen Luftſäule zu dulden braucht e).

Alſo nur da, wo das Waſſer aus einem im Privateigenthum befindlichen ſtehenden Gewäſſer abgeleitet werden ſoll, oder unmittelbar aus der Quelle, ehe ſie zur aqua profluens geworden iſt f), iſt in der Waſſerleitungsſervitut die Befugniß enthalten, einen dem herrſchenden Grundſtück fehlenden Stoff aus dem natürlichen Vorrath des dienenden zu entnehmen. Durch dieſes Element, und das wird ihr von Anfang an häufig eigen geweſen ſein, unterſcheidet ſie ſich nicht nur weſentlich von den Wegeſervituten, ſondern damit hat ſie auch auf dem Gebiete der Servitutenbildung den erſten Keim zu einer reichen Entwicklung gelegt, indem ſie dem Berechtigten nicht nur eine vorübergehende Benutzung der fremden Sache geſtattet, ſondern ihn ermächtigt, Theile derſelben ganz und gar in Anſpruch zu nehmen und für ſeine Zwecke völlig zu verbrauchen. Sie iſt die erſte Servitut, die einen Rechtstitel geſchaffen hat, um fremdes Eigenthum zu erwerben, worin ſie ſpäter zahlreiche Nachfolger erhalten hat.

Schon in frühern Abſchnitten dieſes Werks haben wir die Waſſerleitungsſervitut mehrfach zum Gegenſtand näherer Unterſuchungen machen müſſen; wir haben zur Geſchichte derſelben eine frühe Entſtehung wahrſcheinlich zu machen geſucht [§ 1 S. 9 ff.]; wir haben geſehen, wie bei Errichtung einer ſolchen Servitut an Gewäſſern, an denen ſchon Andere Servituten haben, ſingulärer Weiſe ganz allgemein und ohne Rückſicht darauf, ob die ſchon beſtehenden Servituten durch die neuen beeinträchtigt werden können, Zuſtimmung der ältern Servitutberechtigten eingeholt werden ſoll

e) Vgl. Chr. Fr. Elvers, das Recht des Waſſerlaufs § 3, in der Themis. Neue Folge Bd. I S. 424.

f) Nur auf dieſes kann allgemein der Ausſpruch Ulpians in l. 11 pr. quod vi aut clam 43, 24 angewandt werden: Portio enim agri videtur qua e viva.

[§ 7 S. 72]; wir haben mit dem hohen Alter dieſer Bildung die eigenthümlich ſtrengen Vorſchriften in Verbindung gebracht, die noch im ſpätern römiſchen Recht hinſichtlich der perpetua causa für die Waſſerleitungsſervitut beſtanden, indem ſie nur da conſtituirt werden ſollte, wo aqua perennis vorhanden war, und früher ſelbſt dann nicht, wenn dieſes durch Schöpfräder erſt in die Leitung gebracht werden mußte [§ 17, S. 161 ff. und S. 158 Anm. m]; wir ſahen ferner, wie ſie überhaupt im Vergleich zu andern Servituten einen mehr ſtarren Charakter hätte, welcher der Willkühr der Conſtituenten geringern Spielraum zuließ, ſo daß es z. B. unter den römiſchen Juriſten in Frage kam, ob ſie auch ſo beſtellt werden könne, daß das Waſſer, welches geleitet werden ſoll, erſt auf dem dienenden Grundſtück von dem Berechtigten geſucht werden ſolle [§ 17 S. 165], und wie endlich darum auch der Prätor Gelegenheit hatte, Erweiterungen des Inhalts der Servitut den Weg zu bahnen, während er dies ſonſt überall nicht nöthig hatte, da ſchon das Civilrecht die freiſte Entwicklung geſtattete [§ 29 S. 264].

Beiläufig erwähnten wir ſchon einer andern Vorſchrift für die Waſſerleitungsſervitut [§ 17 S. 163 Anm. t], die wir jedoch noch einer nähern Beſprechung unterziehen müſſen. Paulus ſagt in l. 9 de S. P. R. 8, 3, in einer aus dem liber sententiarum entnommenen Stelle:

> Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest; hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.

Aehnlich ſagt Ulpian in l. 1 § 7 de aqua quot. 43, 20, daß die Interdicte de aqua quotidiana und de fonte nur da zuläſſig ſeien, wo das Waſſer ex capite geleitet ſei, „harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest“. Im § 8 beſtimmt er dann den Begriff des caput aquae, indem er ſagt, „illud est unde aqua nascitur; si ex fonte nascatur, ipse fons, si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent. Plane si aqua sudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere incipit, eius hoc caput dicemus, ubi primum emergit“.

Aus dieſer Erklärung erſehen wir, daß während Paulus zwei Begriffe fons und caput anzunehmen ſcheint, Ulpian ſie in den einen, caput, zuſammenfaßt, von dem er ausdrücklich ſagt, daß darunter auch der fons falle, und ferner, daß die obigen civilrechtlichen Regeln noch nicht verletzt ſind, wenn man z. B. aus einem Bache, auch wenn dieſer erſt durch Kunſt entſtanden wäre, fern von ſeiner Quelle eine Waſſerleitungsſervitut beſtellt, indem ja Ulpian die Möglichkeit einer ſolchen aus einem flumen, und alſo auch aus einem flumen privatum vorausſetzt, ferner nicht, wenn auf natürlichem oder künſtlichem Wege ein immerwährend mit Waſſer gefüllter und mit einem perennirenden Zufluß verſehenes Reſervoir gebildet iſt, und daraus die Leitung geſchehen ſoll, denn ein ſolches Behältniß fällt unter den Begriff von lacus[g]), und Ulpian ſetzt wiederum voraus, daß auch an ſolchem trotz jenen Regeln die Servitut civilrechtlich möglich ſei[h]). Es bleibt daher für Anwendung der Regel nur der Fall, wo man die Leitung nicht unmittelbar bei dem ſtändig fließenden Bache oder dem ſtändig gefüllten Teiche beginnen laſſen wollte, ſondern bei einer fossa, oder einem rivus, der nicht in jener Weiſe die Natur eines flumen oder lacus hat, ſondern erſt in Folge beſonderer nicht immer wirkender Vorrichtungen aus einem entfernter gelegenen flumen oder lacus gefüllt wird. Gewährte die Servitut hier nicht die Befugniß, ſelbſt bis an den See oder Fluß zu gehen und das Waſſer einzulaſſen, ſondern mußte der Berechtigte abwarten, bis ſich die Kanäle, die das Waſſer an den Punkt führten, wo ſein Recht begann, durch die Thätigkeit Anderer oder durch Naturereigniſſe gefüllt hatten, ſo fehlte ihr die causa

g) L. 1 § 3. Ut in flum. publ. navigo liceat 43, 14: Lacus est, quod perpetuam habet aquam. Vgl. Varro de ling. Lat. V § 26.

h) Dies hat man meiſten Theils verkannt, indem man die Waſſerleitung nach Civilrecht immer nur bei der Quelle eines Bachs u. ſ. w. beginnen laſſen wollte, und für eine ſolche Beſtimmung des ältern Rechts vergeblich nach einem genügenden Grunde ſuchte; auch wir haben uns oben § 17 S. 163 Anm. 1 zu einer beiläufigen Bemerkung zu dieſer Annahme verleiten laſſen und glaubten darum in dem beſprochenen Satz eine Verwandtſchaft mit einigen für die öffentlichen Waſſerleitungen gegebenen Regeln zu finden, und darauf bezogen ſich die Hindeutungen in § 1 S. 10, die wir hiermit zurücknehmen.

perpetua in jener ſtrengen der Waſſerleitungsſervitut eigenen Auffaſſung, indem es dann immer erſt von Verhältniſſen, die außer der Macht des Servitutberechtigten lagen, abhing, ob ſeine Servitut nutzbar werde oder nicht, und ſo war es nur eine conſequente Anwendung der auch ſonſt geltenden Regeln, wenn das Recht verlangte, daß die Servitut bis zum caput aquae gehen müſſe. Auch der Prätor erkannte die Billigkeit dieſes Satzes an, indem er die Einhaltung deſſelben als eine Bedingung der zum Schutz von Waſſerleitungen gegebenen Interdicte machte, und es erſcheint als eine Anomalie, gegenüber den ſonſt für dieſe Servitut geltenden Grundſätzen, wenn jene Regel, wie Paulus bezeugt, zu ſeiner Zeit wirklich nicht mehr ſtrenge eingehalten worden iſt. Möglich möchte es aber auch ſein, daß Paulus hier ſelbſt in einem Irrthum über den wahren Sinn der alt überlieferten und von ihm unverändert wiedergegebenen Regel iſt, die uns erſt durch Ulpians Commentar völlig verſtändlich wird; auch er mochte glauben, die Regel wolle, daß überall von der Quelle die Leitung beginne, und da er nun täglich ſah, wie dies nicht beobachtet wurde, machte er jenen Zuſatz.

Was ſodann den Inhalt einer gültig conſtituirten Waſſerleitungsſervitut betrifft, ſo entſcheidet ſich dieſer natürlich wieder zunächſt nach den von den Conſtituenten getroffenen Anordnungen [i]). Wo dieſe nichts über die Einrichtungen beſtimmen, welche für die Leitung erforderlich ſind, da darf der Berechtigte das Waſſer nicht „per lapidem“ führen, worunter wohl eine förmliche gemauerte Waſſerleitung verſtanden wird, indem dieſes ungewöhnlich ſei, wohl aber durch Röhren [fistulae], die häufiger ſeien [quae fere in consuetudine esse solent][k]). Als ſelbſtverſtändlich wird dabei vermuthlich vorausgeſetzt, daß die Leitung auch durch einen gewöhnlichen offenen Erdgraben [fossa, rivus] geſchehen darf, welches die urſprünglichſte und bei landwirthſchaftlichen Leitungen am meiſten übliche Weiſe geweſen ſein wird.

Die große Wichtigkeit und der dadurch bedingte hohe Werth,

---

i) L. 12 C. de serv. 3, 34. Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit.

k) L. 17 § 1 de aq. et aq. pl. 39, 3.

Aus dieſer Erklärung erſehen wir, daß während Paulus zwei Begriffe fons und caput anzunehmen ſcheint, Ulpian ſie in den einen, caput, zuſammenfaßt, von dem er ausdrücklich ſagt, daß darunter auch der fons falle, und ferner, daß die obigen civilrechtlichen Regeln noch nicht verletzt ſind, wenn man z. B. aus einem Bache, auch wenn dieſer erſt durch Kunſt entſtanden wäre, fern von ſeiner Quelle eine Waſſerleitungsſervitut beſtellt, indem ja Ulpian die Möglichkeit einer ſolchen aus einem flumen, und alſo auch aus einem flumen privatum vorausſetzt, ferner nicht, wenn auf natürlichem oder künſtlichem Wege ein immerwährend mit Waſſer gefüllter und mit einem perennirenden Zufluß verſehenes Reſervoir gebildet iſt, und daraus die Leitung geſchehen ſoll, denn ein ſolches Behältniß fällt unter den Begriff von lacus[g]), und Ulpian ſetzt wiederum voraus, daß auch an ſolchem trotz jenen Regeln die Servitut civilrechtlich möglich ſei[h]). Es bleibt daher für Anwendung der Regel nur der Fall, wo man die Leitung nicht unmittelbar bei dem ſtändig fließenden Bache oder dem ſtändig gefüllten Teiche beginnen laſſen wollte, ſondern bei einer fossa, oder einem rivus, der nicht in jener Weiſe die Natur eines flumen oder lacus hat, ſondern erſt in Folge beſonderer nicht immer wirkender Vorrichtungen aus einem entfernter gelegenen flumen oder lacus gefüllt wird. Gewährte die Servitut hier nicht die Befugniß, ſelbſt bis an den See oder Fluß zu gehen und das Waſſer einzulaſſen, ſondern mußte der Berechtigte abwarten, bis ſich die Kanäle, die das Waſſer an den Punkt führten, wo ſein Recht begann, durch die Thätigkeit Anderer oder durch Naturereigniſſe gefüllt hatten, ſo fehlte ihr die causa

g) L. 1 § 3. Ut in flum. publ. navigo liceat 43, 14: Lacus est, quod perpetuam habet aquam. Vgl. Varro de ling. Lat. V § 26.

h) Dies hat man meiſten Theils verkannt, indem man die Waſſerleitung nach Civilrecht immer nur bei der Quelle eines Bachs u. ſ. w. beginnen laſſen wollte, und für eine ſolche Beſtimmung des ältern Rechts vergeblich nach einem genügenden Grunde ſuchte; auch wir haben uns oben § 17 S. 163 Anm. 1 zu einer beiläufigen Bemerkung zu dieſer Annahme verleiten laſſen und glaubten darum in dem beſprochenen Satz eine Verwandtſchaft mit einigen für die öffentlichen Waſſerleitungen gegebenen Regeln zu finden, und darauf bezogen ſich die Hindeutungen in § 1 S. 10, die wir hiermit zurücknehmen.

perpetua in jener ſtrengen der Waſſerleitungsſervitut eigenen Auffaſſung, indem es dann immer erſt von Verhältniſſen, die außer der Macht des Servilutberechtigten lagen, abhing, ob ſeine Servitut nutzbar werde oder nicht, und ſo war es nur eine conſequente Anwendung der auch ſonſt geltenden Regeln, wenn das Recht verlangte, daß die Servitut bis zum caput aquae gehen müſſe. Auch der Prätor erkannte die Billigkeit dieſes Satzes an, indem er die Einhaltung deſſelben als eine Bedingung der zum Schutz von Waſſerleitungen gegebenen Interdicte machte, und es erſcheint als eine Anomalie, gegenüber den ſonſt für dieſe Servitut geltenden Grundſätzen, wenn jene Regel, wie Paulus bezeugt, zu ſeiner Zeit wirklich nicht mehr ſtrenge eingehalten worden iſt. Möglich möchte es aber auch ſein, daß Paulus hier ſelbſt in einem Irrthum über den wahren Sinn der alt überlieferten und von ihm unverändert wiedergegebenen Regel iſt, die uns erſt durch Ulpians Commentar völlig verſtändlich wird; auch er mochte glauben, die Regel wolle, daß überall von der Quelle die Leitung beginne, und da er nun täglich ſah, wie dies nicht beobachtet wurde, machte er jenen Zuſatz.

Was ſodann den Inhalt einer gültig conſtituirten Waſſerleitungsſervitut betrifft, ſo entſcheidet ſich dieſer natürlich wieder zunächſt nach den von den Conſtituenten getroffenen Anordnungen[i]). Wo dieſe nichts über die Einrichtungen beſtimmen, welche für die Leitung erforderlich ſind, da darf der Berechtigte das Waſſer nicht „per lapidem“ führen, worunter wohl eine förmliche gemauerte Waſſerleitung verſtanden wird, indem dieſes ungewöhnlich ſei, wohl aber durch Röhren [fistulae], die häufiger ſeien [quae fere in consuetudine esse solent][k]). Als ſelbſtverſtändlich wird dabei vermuthlich vorausgeſetzt, daß die Leitung auch durch einen gewöhnlichen offenen Erdgraben [fossa, rivus] geſchehen darf, welches die urſprünglichſte und bei landwirthſchaftlichen Leitungen am meiſten übliche Weiſe geweſen ſein wird.

Die große Wichtigkeit und der dadurch bedingte hohe Werth,

---

i) L. 12 C. de serv. 3, 34. Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit.

k) L. 17 § 1 de aq. et aq. pl. 39, 3.

welchen alles Waſſer für den römiſchen Landbau hatte, führte zu einer ſorgfältigen Benutzung und einer möglichſt großen Vertheilung des vorhandenen Waſſers auf möglichſt viele Felder. So ward denn auch bei Beſtellung einer serv. aquaeductus ſehr häufig nicht ein Anrecht auf alles in einer Quelle oder einem Bache vorhandene Waſſer verliehen, ſondern nur auf eine beſtimmte Quote deſſelben, und demgemäß wurden denn auch an einem und demſelben Waſſer mehrere Servituten beſtellt. Dann konnte entweder jeder der Berechtigten eine ganz verſchiedene Leitung haben, die unmittelbar ex capite aquae begann, oder das Waſſer konnte Anfangs durch ein und denſelben Graben geleitet werden, von dem aus es dann durch beſondere Leitungen auf jedes einzelne Grundſtück geführt wurde [l]). In letzterm Falle werden die mehreren Berechtigten, da ſie einen gemeinſamen rivus haben, als *rivales* bezeichnet [m]), woraus man aber nicht folgern darf, daß ſie in einem communionsartigen Verhältniß zu einander ſtehen, vielmehr iſt das Recht eines Jeden ein völlig ſelbſtändiges, abgeſchloſſenes Recht, welches als Ganzes bis unmittelbar an das caput aquae geht, und ohne Rückſicht auf die Rechte der andern Servitutinnehaber zu beurtheilen iſt, ſo daß, wie Proculus in l. 16 quemadm. serv. amitt. 8, 6 ſagt, wenn einer der mehreren Rivalen die Verjährungszeit hindurch kein Waſſer leitet, ſein Recht verloren geht, trotzdem, daß die andern den rivus benutzt haben, und zwar auch ohne daß dieſe andern aus dem Heimfall ſeines Waſſerantheils Vortheil ziehen dürfen, da dieſer jetzt dem Eigenthümer zufällt. Wenn ferner einer der Rivalen die gemeinſchaftliche Leitung ohne Auftrag der andern ausbeſſert, ſo beſſert er zunächſt nur die für ſeine eigene Servitut nöthigen Vorrichtungen aus, und darum hat er bloß deßhalb, weil auch den andern dieſe Handlung zu Gute kommt, noch keinen Titel, um einen Beitrag zu den Koſten von dieſen erlangen zu können [n]). Nur da, wo die mehreren Waſſerberechtigten, mögen ſie Rivalen ſein oder nicht, ſich

---

l) L. 16 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 1 § 26, l. 4 de aq. quot. 43, 20; l. 3 § 3 de rivis 43, 21.

m) L. 1 § 26, l 3 § 5 de aq. quot. 43, 20.

n) Arg. leg. 19 § 2 com. div. 10, 3.

nicht gütlich über die Art und Weiſe der Vertheilung einigen können, iſt aus Nützlichkeitsgründen ein iudicium communi dividundo utile für zuläſſig erklärt [vgl. § 7 S. 73 und 74].

Die Vertheilung pflegte entweder ſo zu geſchehen, daß jeder nur eine beſtimmte Zeit hindurch das Waſſer ableitete, aber es dann auch ganz für ſich benutzte [temporibus secerni] oder ſo, daß jeder fortwährend nur eine Quote des Waſſers ableitete [mensuris dividi][o]. Als Beiſpiele jener Theilungsart erwähnen die Quellen Fälle, wo der eine im Sommer, der andere im Winter leitet[p], oder der eine bei Tage, der andere bei Nacht [diurna aqua — nocturna aqua][q], oder jeder einen beſtimmten Tag hat, an dem ihm das Waſſer gehört[r], oder gar ſtundenweiſe gewechſelt wird[s]. Wie die Theilung nach Maaßen bewerkſtelligt zu werden pflegte, darüber ſagen uns die juriſtiſchen Quellen nichts Näheres; dagegen theilt uns Frontinus in ſeinem Buch über die Aquäducte der Stadt Rom ein ſehr detaillirtes Syſtem mit, welches bei Vertheilung des Waſſers der öffentlichen Waſſerleitungen angewendet wurde, und das auch bei Privatwaſſerleitungen benutzt ſein mag. Darnach ward den Röhren, welche in das gemeinſame Behältniß eingeſetzt wurden, um daraus die Einzelleitung zu ſpeiſen, eine beſtimmte mathematiſche Größe gegeben, und ſie ferner ſo angebracht, daß auf alle ein gleicher Waſſerdruck ruhte, wodurch dann erreicht wurde, daß durch jede nur ſo viel abfließen konnte, als dem betreffenden Berechtigten zukam. Hinſichtlich der Einzelheiten müſſen wir auf *Frontinus* de aquaed. c. 23—64, c. 112 und c. 113 verweiſen.

In der Waſſerleitungsſervitut iſt in Uebereinſtimmung mit den allgemeinen Grundſätzen des Servitutenrechts auch die Befugniß enthalten, die Waſſerleitung gehörig in Stand zu erhalten, und wird in dieſer Beziehung im Einzelnen noch von Pomponius in l. 11

o) L. 19 § 4 com. div. 10, 3; l. 5 de aq. quot. 43, 20.

p) L. 5 pr. de aq. quot. 43, 20.

q) L. 10 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6; l. 17 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

r) L. 16 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

s) L. 10 § 1 daſelbſt; l. 5 § 1 de aq. quot. 43, 20.

comm. praed. 8, 4 beſtimmt, daß wenn nichts anders bei der Errichtung der Servitut feſtgeſetzt ſei, der Servitutinnehaber auf dem nächſten Wege und mit den nöthigen Arbeitern zu der Waſſerleitung hingehen dürfe, um ſie zu repariren, daß er das Material dazu heranführen, ſo wie an den Seiten der Leitung lagern dürfe; ferner könne er den Kanal erhöhen oder erniedrigen, wenn ſolches erforderlich ſei. Darnach ſind alſo Wegeſervituten, wenn auch in beſchränkter Weiſe, ein gewöhnliches adminiculum der Waſſerleitungsſervitut. Daß der Servitutberechtigte, wenn der Eigenthümer es verlangt, die cautio de damno infecto ſtellen muß, ehe er erzwingen kann, daß er bei den Bauten geſchützt wird [t]), entſpricht ebenfalls den allgemeinen Grundſätzen rückſichtlich des auf fremden Grund und Boden herzuſtellenden opus.

Die *servitus aquaehaustus* gewährt die Befugniß, aus fremden Quellen, Brunnen, Bächen oder Teichen Waſſer zu ſchöpfen und gewöhnlich auch die, zu dieſem Zwecke vom herrſchenden Grundſtück hin und zurück zu jenem Waſſer zu gehen [u]). Von Cicero in der Rede für Cäcina [5, 74] neben dem aquaeductus, iter und actus, bereits als Repräſentant aller Servituten erwähnt, und wie wir § 40 S. 375 ausführten, wahrſcheinlich frühe neben der serv. aquaeductus durch Geſetzgebung dahin geregelt, daß ſie ſchon durch bloßen Nichtgebrauch während beſtimmter Zeit untergehen ſollte, wird ſie den übrigen auf dem Lande entſtandenen Servituten gegenüber ein verhältnißmäßig hohes Alter in Anſpruch nehmen können, und zwar wird ſie, wie wir auch ſchon früher [§ 15, S. 135 und § 17, S. 164] erwähnten, in unmittelbarem Anſchluß an die Waſſerleitungsſervitut entſtanden ſein. Darauf deutet namentlich die völlige Uebereinſtimmung beider Servituten, hinſichtlich der Regeln über die perpetua causa, da auch die servitus aquaehaustus nur zuläſſig iſt, wenn ex capite vel ex fonte geſchöpft werden ſoll [v]), und ferner nur, wenn aqua viva et perennis vorhanden iſt [w]), trotzdem daß doch,

t) L. 30 de damn. infecto 39, 2; l. 3 § 9 de rivis 43, 21.

u) L. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 10 de S. P. U. 8, 2.

v) L. 9 de S. P. R. 8, 3.

w) Vgl. die Belege § 17 S. 161 Anm. q.

wie anderswo weiter ausgeführt ist, das Recht Wasser zu schöpfen auch bei Teichen und Cisternen, die im Sommer austrocknen, von Nutzen sein würde, wenn nur die Umstände so sind, daß eine regelmäßige Füllung desselben im Winter mit Sicherheit erwartet werden kann. Während also in allen diesen Beziehungen die serv. aquaehaustus völlig mit der serv. aquaeductus übereinstimmt, findet doch in zwei Fällen eine Differenz zwischen beiden statt. Einmal ist aus factischen Gründen die letztere unmöglich, wenn nur Brunnenwasser oder sonstiges so tief gelegenes Wasser vorhanden ist, daß es nicht von selbst abfließen und auch nicht durch Schöpfräder gehoben werden kann, während dagegen ein aquaehaustus auch an solchem bestellt werden kann[x]). Sodann aber muß man da, wo man über fremde Grundstücke aus einem öffentlichen Gewässer Wasser ableiten will, an jenen Grundstücken eine serv. aquaeductus erwerben, indem es kein nöthiges Erforderniß dieser Servitut ist, daß sie selbst ein Recht auf den Bezug des Wassers verleiht [siehe S. 405]; nimmt man dagegen der serv. aquaehaustus dies Attribut, so würde sie sich durch nichts mehr von den Wegeservituten unterscheiden. Deßhalb wird da, wo man über Privatgrundstücke zu einem öffentlichen Flusse gehen will, um dort zu schöpfen, nur eine servitus itineris bestellt zu werden brauchen[y]). Man könnte nun freilich auch sagen, da das fließende Wasser in Privatgewässern ebenfalls eine res communis omnium sei, müsse ein iter ad flumen genügen, um solches schöpfen zu können; allein dadurch hätte man nur das Recht, bis an den Fluß zu gelangen, während der Eigenthümer die Thätigkeit des Schöpfens kraft seines Rechts an dem Grund und Boden noch immer verbieten könnte. Darum wird auch in jenen Stellen mit besonderm Nachdruck gesagt, daß nur beim flumen publicum die Bestellung eines iter ad flumen genüge, um schöpfen zu können. Das schließt nicht aus, daß da, wo die Constituenten nur die Befugniß, an das Privatgewässer zu gehen, das ius adeundi ad fontem, bei der Servituterrichtung erwähnt haben, dieser Ausdruck dahin interpretirt

x) L. 1 § 6 de aq. quot. 43, 20.

y) L. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 17 § 4 de aq. et aq. pl. arc. 39, 3.

wird, daß die Conſtituenten auch zugleich das Recht, Waſſer zu ſchöpfen, haben verleihen wollen, und demnach derſelbe genügt, um eine regelmäßige serv. aquaehaustus zu conſtituiren, wie das Ulpian mit Berufung auf Neratius in der citirten l. 3 § 3 de S. P. R. ausführt.

§. 44.

Die ſonſtigen zunächſt auf dem Lande entſtandenen Realſervituten.

Die *servitus pascendi* oder *servitus pascui* enthält die Befugniß das zur Bewirthſchaftung des herrſchenden Grundſtücks erforderliche Vieh auf dem dienenden Grundſtück weiden zu laſſen. Verhältnißmäßig nur ſehr ſelten erwähnen ſie unſere Quellen[a]), und können wir daraus folgern, daß dieſe Servitut in dem römiſchen Leben durchaus nicht eine ſo große Bedeutung hatte, wie ſie bei uns durch die Schickſale unſerer Feld- und Waldverfaſſung und in Folge der bei uns üblichen Bewirthſchaftungsſyſteme erlangt hat. Die römiſche Landwirthſchaft ſcheint regelmäßig nicht ein und denſelben Acker in den verſchiedenen Jahren oder Jahreszeiten bald zur Weide, bald zu anderen Culturen benutzt, ſondern nur auf ein für alle Mal als ſolche eingerichteten Weideplätze das Vieh aufgetrieben zu haben, ja ſelbſt die silva pascua ſcheint meiſtens zu keinem andern Zweck als zur Weide benutzt zu ſein[b]). Solche Weiden hatten größere Grundbeſitzer wohl meiſtens neben ihren andern Gütern in entſprechender Größe; außerdem waren aber auch von Anfang an Theile des ager publicus zur Gemeindeweide beſtimmt, und wurden auch bei den ſpätern Aſſignationen und Einrichtungen von Colonien reſervirt. Sie wurden bald der Geſammtheit aller Bürger vorbehalten, bald mehreren einzelnen Höfen ſpeciell überwieſen, ſo daß

---

a) §. 2 J. de serv. II, 3 und l. 1 § 1 de S. P. R. 8, 3 führen nur den Namen auf; l. 3 pr. l. 4, l. 5 § 1 daſelbſt handeln von der Frage, wann ſie eine Realſervitut ſein könne.

b) L. 30 § 5 de V. S. 50, 16; l. 32 de usufr. 7, 1.

ſie als eine Pertinenz derſelben erſcheinen[c]), und wie einmal Municipalbürger in Ermangelung einer genügenden Gemeinweide ſich ſelbſt eine ſolche ſchufen, indem ſie eine silva pascua kauften und gemeinſam als Weide benutzten, wird uns in der ſchon in § 14 S. 132 beſprochenen l. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5 erzählt. Wahrſcheinlich iſt es daher auch, daß die in den Quellen erwähnten Fälle der Weideſervituten zur Vorausſetzung hatten, daß das dienende Grundſtück nur und allein zur Weide benutzt werde, — ein Verhältniß, das bei uns bekanntlich ſehr ſelten iſt. Wenn uns daher auch detaillirtere Regeln über die römiſchen Weideſervituten hinterlaſſen wären, ſo würden wir doch mit ihnen ſchwerlich die vielen und verwickelten Fragen entſcheiden können, die unſere Weideſervituten bieten, und müſſen dieſe vielmehr aus der Natur des beſtimmten Verhältniſſes und auf Grund der allgemeinen Regeln des Servitutenrechts beurtheilt werden.

Die Quellenſtellen beſchäftigen ſich meiſtens mit der Frage, in welchem Verhältniß das zu weidende Vieh zu dem herrſchenden Grundſtück ſtehen müſſe, damit die Servitut eine Realſervitut ſein könne. Ulpian läßt ſie in l. 3 pr. de S. P. R. 8, 3 zur Weidung der Ochſen zu, durch welche das herrſchende Grundſtück beſtellt wird, und kann die Servitut inſoweit ja auch nach den allgemeinen im § 16 S. 142 ausgeführten Grundſätzen keinem Zweifel unterliegen, da ſie ſo die Cultur des herrſchenden Grundſtücks erleichtert oder ermöglicht. Papinian aber unterſucht in l. 4 de S. P. R., ob eine ſolche Servitut als Real- oder Perſonalſervitut conſtituirt ſei; für die erſtere entſcheidet er ſich „si praedii fructus maxime in pecore consistat“ Daraus geht hervor, daß die Servitut keineswegs darauf beſchränkt iſt, daß ſie nur für die zur Beſtellung nöthigen Arbeitsthiere Futter liefern darf, da unter pecus auch Schafe und Ziegen begriffen ſind, ja Ochſen und Pferde eigentlich nicht in ihrer Eigenſchaft als Laſtthiere, ſondern als heerdenweiſe lebendes Vieh[d]). Dagegen aber könnte man aus dem Wortlaut jener

c) Siehe das Nähere hierüber in Rudorffs gromatiſchen Inſtitutionen; im zweiten Band der Schriften der röm. Feldmeſſer S. 395 ff.

d) L. 2, § 2, ad leg. Aquil. 9, 2; l. 65 § 4 de leg. III. 32.

Stelle folgern, ſolche Weideſervituten könnten zu Gunſten anderer Weiden beſtellt werden, da ja grade nur aus den Weiden allein vermöge des Viehs Nutzen gezogen wird, und deren Früchte eben in dem fett gemachten Vieh beſtehen. Allein ſo wenig eine Realſervitut, welche einem zum Kornbau beſtimmten Acker zuſteht, dahin gehen kann, auch auf dem dienenden Grundſtück Korn derſelben Art zu bauen, da dadurch die Benutzung des herrſchenden Grundſtücks durchaus nicht befördert würde, ſo wenig wird eine Weideſervitut zu Gunſten eines lediglich als Weide benutzten Grundſtücks möglich geweſen ſein[e]), und ich glaube daher, daß jene Worte Papinians nicht zu überſetzen ſind „wenn die Früchte größtentheils im Vieh beſtehen", ſondern mit Benutzung einer häufigen Bedeutung von consistere[f]) ſo: „wenn die Früchte hauptſächlich auf dem Vieh beruhen", d. h. die Arbeitskraft deſſelben und der von ihm genommene Dünger zur Erzielung von Früchten nöthig iſt. Alſo, ſoll die Weideſervitut eine Realſervitut ſein, ſo muß das Vieh, welches aufgetrieben werden ſoll, durch ſeinen Dünger oder ſeine Arbeitskraft dem herrſchenden Grundſtück von Vortheil ſein.

Der serv. pascendi ſowie der serv. haustus iſt verwandt die *serv. pecoris ad aquam appulsus*[g]) oder *appellendi*[h]), die, wie der Name ſagt, das Recht gewährt, das Vieh des herrſchenden Grundſtücks zu einem Gewäſſer zu treiben, und was ſelbſtverſtändlich folgt, aus dieſem zu tränken. Daß die Grundſtücke, über welche das Vieh getrieben wird, um an das Waſſer zu kommen, fremde ſeien, iſt wohl nicht durchaus zum Weſen dieſer Servitut erforderlich, wohl aber, daß das Gewäſſer im Privateigenthum ſteht, da ſich ſonſt die

e) Man kann ſich allerdings denken, daß es dem Vieh ſehr nützlich ſein kann, von Zeit zu Zeit anderes Futter, als es die gewöhnliche Weide bietet, zu ſich zu nehmen, und daß daher die Möglichkeit eines ſolchen Wechſels das erſtere Grundſtück werthvoller, und ſeine Benutzung vortheilhafter macht. Aber das ſind ſo ſeltene Fälle, daß ſie nicht jenem allgemeinen Ausſpruche Papinians unterlegt werden können, und zu ihrer Kenntniß gehört auch eine höhere Stufe der Landwirthſchaft, als wir ſie den Römern zutrauen können.

f) Vgl. l. 2 § 12 de orig. iur. 1, 2; l. 1 pr. mand. 17, 1 u. a. a. O.

g) § 2 J. de serv. II, 2; l. 1 § 1, l. 6 de S. P. R. 8, 3.

h) L. 4 de S. P. R.

Servitut nicht von einer bloß auf Viehtrifft gerichteten serv. actus unterſcheiden würde. Wie daſſelbe im Uebrigen beſchaffen ſein müſſe, namentlich damit die Regeln über die perpetua causa gewahrt ſeien, wird nicht geſagt; da ſie aber, wie die serv. aquaehaustus, in früher Zeit durch daſſelbe Bedürfniß hervorgerufen und auch im Anſchluß an die serv. aquaeductus entſtanden ſein wird, werden dieſelben ſtrengen Regeln bei ihr eingehalten ſein. Was das Verhältniß des Viehs zu dem herrſchenden Grundſtück betrifft, ſo wird man hier weniger ſtrenge wie bei den Weideſervituten ſein und dieſe Servitut auch zu Gunſten von Weiden zulaſſen müſſen, indem die Benutzung dieſer erleichtert und um Vieles vortheilhafter wird, wenn das dort geweidete Vieh das Waſſer in der Nachbarſchaft ſuchen kann, welches ihm auf dem herrſchenden Grundſtück vielleicht mangelt.

Als mit der serv. pascendi und der serv. pecoris ad aquam appellendi mitunter verbunden, wird uns in l. 6 § 1 de S. P. R. das Recht genannt, auf fremden Grund und Boden eine Hütte [tugurium] zu haben, die dazu dienen ſoll, dem Hirten oder vielleicht auch dem Vieh bei ſchlechtem Wetter eine Zuflucht zu gewähren.

An weiter hierher gehörigen Servituten werden mehrere dem Namen nach aufgeführt, welche die Befugniß ertheilen, einige für die Bewirthſchaftung eines Ackers oder Landguts nöthige oder nützliche Materialien aus dem dienenden Grundſtück zu entnehmen; ſo wird genannt das *ius arenae fodiendae* [i]), als das Recht den für die Bauten auf dem herrſchenden Grundſtück und zu ſonſtigen dem verwandten Zwecken erforderlichen Sand auf dem dienenden Grundſtück zu graben, das *ius cretae eximendae* [k]), als das Recht Kreide ebenfalls für Bauten oder auch für ſolche Töpferarbeiten zu entnehmen, in denen die Früchte des herrſchenden Grundſtücks aufbewahrt werden ſollen, das *ius lapidis eximendi* [l]), als das Recht die erforderlichen Steine zu brechen, und wahrſcheinlich auch das *ius calcis coquendae* [m]), da darin nicht allein das Recht, den Kalk auf dem fremden

i) § 2 J. de serv. II, 3; l. 1 § 1, l. 6 § 1 de S. P. R. 8, 3.
k) L. 5 § 1 daſelbſt.
l) L. 6 § 1 daſelbſt.
m) § 2 J. de serv. II, 3; l. 1 § 1, l. 5 § 1 de S. P. R. 8, 3.

Grundstück zu brennen, enthalten sein wird, sondern, wie die Zusammenstellung mit den eben erwähnten Servituten wahrscheinlich macht, auch das Recht, ihn vorher dort zu brechen. Weiter wird in dieser Beziehung noch genannt das Recht, aus dem dienenden Grundstück die für einen Weinberg nöthigen Pfähle zu entnehmen[n]).

Einer andern Klasse von Servituten gehören die an, vermöge deren man den Raum des dienenden Grundstücks zu Zwecken des herrschenden verwenden kann. Von dieser Art werden genannt das Recht, in der fremden Villa die Früchte aufzuheben[o]), das Recht, die fremde Kelter zum Keltern der Trauben oder die fremde Tenne zum Ausdreschen des Korns zu benutzen[p]), und das Recht, die Abfälle eines Steinbruchs, so wie die dort gehauenen Steine auf dem fremden Grundstück zu lagern und von dort auszuführen[q]). Hierher gehört auch die in l. 30 de S. P. R. 8, 3 erwähnte Servitut, vermöge deren ein Grundstück das auf einem andern entspringende Wasser aufnehmen muß, und zwar wird dabei vorausgesetzt sein, daß ihm dasselbe nicht schon in Folge seines natürlichen Weges oder der einst bei der Vertheilung der Grundstücke getroffenen Anordnungen zufließe, da ihm dann schon die gesetzliche Pflicht zur Aufnahme des Wassers obläge[r]) [vgl. § 33 S. 292 ff.] und es nicht der Errichtung einer Servitut bedurft hätte. Ferner gehört hierher die dem Eigenthümer eines tiefer liegenden Grundstücks mitunter zustehende Befugniß, die Kraft des Wassers, welches er in Folge der gesetzlichen mit der actio aquae pluviae arcendae geschützten Vorschrift von dem obersten Grundstück aufnehmen muß, dadurch zu schwächen, daß er auf diesem, welches also insofern als dienendes erscheint, Dämme und Gräben anlegt und in Stand erhält[s]).

Die einzige negative Servitut, die hier aufzuführen ist, möchte die in l. 2 § 10 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3[t]) erwähnte sein,

n) L. 3 § 1, l. 6 § 1 de S. P. R. 8, 3.

o) L. 3 § 1 de S. P. R. 8, 3.

p) L. 14 § 3 de alimentis 34, 1.

q) L. 3 § 2 de S. P. R. 8, 3.

r) L. 1 § 23, l. 2 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

s) L. 1 § 23 daselbst.

t) Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus

vermöge deren der Innehaber des dienenden Grundſtücks das Waſſer, welches den natürlichen Geſetzen nach dem herrſchenden zufließen würde, dieſem nicht immittiren darf. Während ihm alſo ohne das Vorhandenſein der Servitut eine actio aquae pluviae arcendae zuſtände, um die Nachbarn zur Aufnahme des Waſſers zu zwingen, fehlt ſie ihm jetzt, und nur, wenn, wie Ulpian ſagt, das Waſſer ultra modum ſchadet, ſoll ſie wieder aufleben, d. h. wohl, wenn die Wirkungen anders ſind, wie die Conſtituenten beabſichtigten, indem es gänzlich aufſtaut, während es auf andere Weiſe abfließen ſollte u. ſ. w.

---

vicino serviat, et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem, sic tamen, si non ultra modum noceat.

Drittes Kapitel.

Die zunächst auf ſtädtiſchen Grundſtücken entſtandenen Realſervituten.

§ 45.

Einleitung. Der paries communis.

Der Satz der zwölf Tafeln, jedes Haus ſolle einen ambitus von 2½ Fuß haben[a]), hat ſicherlich nicht eine neue Rechtsregel geſchaffen, deren plötzliche conſequente Durchführung mit einer Umgeſtaltung der ganzen Stadt verbunden geweſen wäre, ſondern wird auf das Engſte mit der altitaliſchen Weiſe zuſammenhängen, unter deren Einfluß die erſte Einrichtung und Vertheilung des Stadtgebiets vor ſich gegangen zu ſein ſcheint; dieſe wird lauter einzelne, in ſich geſchloſſene und von den Nachbaren durch regelmäßige Zwiſchenräume getrennte Gehöfte [insulae] geſchaffen haben, die in ihrer Iſolirung der künſtlichen Erweiterungen, wie ſie die meiſten ſtädtiſchen Servituten gewähren, nicht bedurften. Zum Schutz der Ausſicht oder ſonſtiger, nur von dem verfeinerten Leben empfundener Vortheile werden im alten ſtrengen Rom keine Rechtsbildungen entſtanden ſein. Während auch noch bei ſpätern Erweiterungen Roms dieſelben mit der Heiligkeit des Sacralrechts bekleidete Grundſätze eingehalten ſein mögen, ward dagegen der ganze Stadtplan mit ſeinen regelmäßigen Straßen und Höfen nach dem Bericht des Livius [V, c. 55] durch den galliſchen Brand in Verwirrung gebracht, indem die alten Grenzen verloren waren, und in jenen Tagen der Noth und

a) *Varro* de ling. Lat. 5 § 22; *Festus* s. v. ambitus; *Isidorus* origin 15 c. 16 § 12.

des Schreckens die Staatsgewalt nicht mächtig genug war, um das Gebiet von Neuem nach den alten ſacralrechtlichen Vorſchriften zu theilen. Es baute jeder, wo er wollte und einen Platz fand, „und daher kommt es“, ſagt Livius „daß die alten Cloacen, die zunächſt auf öffentlichem Boden angelegt waren, nun hier und da unter Privathäuſern liegen, und die Stadt mehr einer willkürlich occupirten, als einer regelrecht vertheilten ähnlich ſieht“. Seitdem ſcheint die alte Ordnung niemals in Rom ganz wieder hergeſtellt zu ſein, und wenn auch Nero nach dem neuen Brande, der den bei Weitem größten Theil der Stadt zerſtörte, die Regel der zwölf Tafeln von Neuem zur Geltung zu bringen ſuchte[b]), ſo ſtießen doch in dem nicht abgebrannten Theil die Häuſer auch ſpäter unmittelbar aneinander, und es bleibt fraglich, ob nicht überall jene Vorſchrift Neros bald wieder in Vergeſſenheit gerieth. Auch in andern Städten, in denen römiſches Recht lebte, und von wo aus daher Elemente zur Fortentwicklung deſſelben beigetragen wurden, mag ein ähnlicher Gang eingehalten ſein, oder vielleicht war dort von Anfang an jene Trennung der einzelnen Häuſer niemals üblich. Wenigſtens kamen zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten Realſervituten wohl überall nicht ſelten vor, die zur Vorausſetzung hatten, daß die Häuſer unmittelbar an der Grenze lagen und aneinanderſtießen. Eine gewiſſe Verwandtſchaft mit dieſen Servituten bietet das Inſtitut des paries communis dar, welches auch erſt entſtanden ſein wird, als der alte ambitus außer Anwendung zu kommen anfing, und welches häufig denſelben Zweck wie jene, nur auf andere Weiſe erreichen wollte. Ja es iſt möglich, daß die serv. tigni immittendi, oneris ferendi u. ſ. w. in unmittelbarem Anſchluß an den paries communis entſtanden, indem ſie ein Verhältniß ſchaffen wollten, welches dieſem möglichſt ähnlich war. Da nun überhaupt das erwähnte Inſtitut ſo vielfach die Lehre von den ſtädtiſchen Servituten berührt, und deßhalb gekannt ſein muß, um manche hierher bezüglichen Stellen genügend erläutern zu können, ſo glauben wir zunächſt eine kurze Darſtellung der Rechtsverhältniſſe deſſelben, ſoweit wir ſie aus den verhältnißmäßig wenigen zuver-

b) *Tacitus* Annal. XV. c. 43.

läſſigen Zeugniſſen unſerer Quellen reconſtruiren können, geben zu müſſen[c]).

Das Unglück des galliſchen Brandes mag zuerſt zur Entſtehung dieſes Inſtituts Veranlaſſung geworden ſein. Damals, wo es nur darauf ankam ſich ſchnell und mit wenigen Koſten ein neues Unterkommen zu ſchaffen, werden manche Nachbaren gemeinſam die Mauer gebaut haben, die ihre Häuſer künftig trennen ſollte, und die ſo auf gemeinſchaftliche Koſten errichtete und von beiden ausgebeutete Wand galt als *paries communis*[d]). Der Grund und Boden, auf dem ſie ſtand, war dann erſt durch den Bau occupirt worden und in das Eigenthum der beiden Nachbaren getreten, ohne daß Einer vorher ein

---

c) Man pflegt ſich hier häufig auf die ausführlichen Erörterungen in den ἐπαρχικὰ des Architekten Julian im Manuale legum des *Harmenopulus* (II tit. 4) zu berufen, um daraus Ableitungen für die römiſchen Verhältniſſe zu machen. Allein ſo weit wir nicht die Sätze Julians auch bei andern Schriftſtellern finden, die dem römiſchen Leben näher ſtanden, ſoweit möchte die Quelle für dieſen Gebrauch wenig zuverläſſig ſein, da ſie ſich hier vielfach auf unrömiſche Anſchauungen ſtützt, und, wie ja auch zunächſt die Abſicht dieſer Sammlung war, nur von Paläſtinas Geſetzen und Sitten, nicht von denen Roms berichtet. Dort muß aber das römiſche Recht, deſſen Spuren wir zwar noch überall begegnen, vielfach entartet und zu einem wunderbaren Gemiſch geführt haben, wie namentlich die §§ 34—42 jenes Titels beweiſen, wo verſchiedene Eigenthümer der verſchiedenen Stockwerke eines Hauſes vorausgeſetzt werden, und deßhalb vorgeſchrieben wird, daß ſie, wenn eine gemeinſame Mauer neu zu bauen ſei, nach Verhältniß der Höhe ihrer Zimmer beitragen ſollen, wo ferner jedem, der unmittelbar an des Nachbars Mauer baut, geſtattet iſt, ſein Balkenwrk daran anzubringen, wofür er jedoch dem Eigenthümer der Mauer, je nachdem er die Balken darauf legt oder nur daran anlehnt, die Hälfte oder ein Drittel der für dieſe Mauer verwandten Herſtellungskoſten zahlen ſoll. Alles dies iſt durchaus unrömiſch und ebenſo viele andere Beſtimmungen, die nach orientaliſcher Weiſe ſehr enge Straßen und platte Dächer vorausſetzen, auf denen ein Theil des Lebens verbracht wird.

d) Man hat früher freilich mitunter den paries communis in der Wand, welche an die Straße ſtößt, finden wollen und dergl. und hat dann die davon handelnden Stellen in wunderbarer Weiſe zu erklären geſucht. Doch ſind dieſe Anſichten genügend von Haubold, exercitationes Vitruvianae, quibus iura pariet. comm. illustrantur, in deſſen opuscula academica vol. II, p. 422 sqq. widerlegt.

Sondereigenthum an einem Theile nachweiſen konnte. Auch da, wo in ſpätern Zeiten eine gemeinſame Mauer entſtand, konnte ein ähnliches Verhältniß gegenüber dem Grund und Boden eintreten; wenn nämlich ein Eigenthümer zwei Häuſer mit einer gemeinſchaftlichen Scheidewand baute oder aus ſeinem einen Hauſe durch Aufführung einer Scheidewand zwei machte, und dann eins dieſer Häuſer veräußerte[e]), ſo ward auch ein Theil der gemeinſamen Mauer mitveräußert, ohne daß der Grund und Boden, auf dem ſie ſtand, vorher im Eigenthum Verſchiedener geſtanden hatte. In andern Fällen wurde allerdings von jedem Nachbaren ein Theil ſeines Grundſtücks hergegeben, um darauf die gemeinſame Wand aufzuführen, und dann bauten ſie wohl zuſammen[f]), oder Einer übernahm den Bau zugleich im Namen des andern[g]). In welchem Verhältniß nun aber in allen dieſen Fällen die Nachbaren an der Mauer berechtigt ſind, das iſt eine vielbeſtrittene Frage, da bei dem Mangel eines ausdrücklichen Zeugniſſes hierüber Manche ein Miteigenthum pro indiviso an der ganzen Mauer annehmen, Manche aber die einzelnen Theile derſelben nach Maaßgabe des von jedem Einzelnen contribuirten Bodens, oder wo nichts contribuirt iſt, nach Maaßgabe einer durch die Mitte gezogenen Theilungslinie im Sondereigenthum der Anlieger ſtehen laſſen wollen.

Eine unbefangene Würdigung der Quellen möchte aber für die erſtere Anſicht ſprechen. Vor Allen wird das Anrecht an die gemeinſame Mauer ſchon dadurch vielfach als Communion bezeichnet, daß die actio communi dividundo zur Regelung der beiderſeitigen Anſprüche zugelaſſen wird[h]), während ſie da, wo Steine und Bäume ſich auf der Grenze befinden, die wirklich, ſo lange ſie mit dem Grund und Boden verbunden ſind, pro regione cuiusque finium im Sondereigenthum ſtehen, für unzuläſſig erklärt und erſt geſtattet wird, wenn der Baum oder Stein vom Grund und Boden loßgelößt und damit in das Miteigenthum getreten iſt[i]). Wenn die

e) L. 6 § 1 comm. praed. 8, 4; l. 4 de serv. leg. 33, 3.

f) L. 52 § 13 pro socio 17, 2.

g) L. 22 comm. divid. 10, 3.

h) L. 12 comm. divid. 10, 3; l. 4 de serv. leg. 33, 3.

i) L. 19 pr. comm. divid. 10, 3.

Mauer darnach ganz und gar beiden Nachbaren gemeinſam gehört, ſo liegt darin, daß der Grund und Boden auf dem ſie ruht, auch nicht mehr aus Theilen der anliegenden Grundſtücke beſteht, ſondern ein ſelbſtändiges Grundſtück ausmacht, und dieſe Anſchauung wird einmal durch den Ausſpruch von Paulus in l. 4 § 10 finium regund. 10, 1 beſtätigt, wonach ſchon die gemeinſame Wand die Grundſtücke der beiden Nachbaren trennt [denn da, wo die Wand beginnt, hört ja das Sondereigenthum auf], und anderer Seits liegt ſie der Entſcheidung von Pomponius in l. 25 § 1 de S. P. U. 8, 2 zu Grunde. Darnach ſchuldet in einem gegebenen Falle das eine von zwei Häuſern, die eine gemeinſame Wand haben, einem dritten eine serv. altius non tollendi; gleichwohl ſoll der Eigenthümer des andern (ſervitutfreien) jener beiden Häuſer die gemeinſame Wand beliebig erhöhen können. Wäre nämlich der Grund auf dem die Wand ſteht, noch dem Eigenthume nach getheilt, ſo wäre auch die eine Hälfte ein Theil des Grundſtücks, welches dem Dritten dienſtbar iſt, und der Eigenthümer des Nachbarhauſes hätte alſo auch nur auf dem zu ſeinem Hauſe gehörenden Mauertheile weiter bauen dürfen. Da ihm aber ganz allgemein die Befugniß zugeſtanden wird, die Mauer zu erhöhen, ſo erſcheint dieſe als ſelbſtändige Sache, die daher im Miteigenthum beider Nachbaren ſtehen muß[k]).

Aber dieſes Miteigenthum bietet gar viele, von der regelmäßigen Form deſſelben weit abweichende Verhältniſſe. Soll die Mauer nur einiger Maaßen ihren Zweck genügen, ſo muß jeder Anlieger die andern Wände ſeines Hauſes daran befeſtigen und zu dieſem Zwecke Balken und Steine darin immittiren, er muß das Dach oder die obern Stockwerke auf die Mauer ſtützen können, und er muß dabei nicht von der Willkühr ſeines Mitintereſſenten abhängen, ſo daß dieſer jede dazu nöthige Handlung erſt erlauben muß und durch

k) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß wenn ein Grundſtück bereits dienſtbar iſt, der Eigenthümer nicht dadurch einen Theil deſſelben ſervitutfrei machen kann, daß er ihn zu einer gemeinſamen Wand hergiebt; die obige Entſcheidung ſetzt vielmehr voraus, daß die Servitut auferlegt iſt, als die gemeinſame Wand ſchon beſtand, wo dieſe nicht durch den einen Miteigenthümer belaſtet werden konnte.

ſeinen Widerſtand verhindern kann, wie das ſonſt beim Miteigenthum der Fall iſt; ſondern es muß ein dauerndes, genügend geſchütztes Recht auf Vornahme dieſer Handlungen anerkannt werden, wenn nicht jeder Nachbar fortwährend in dem Beſtande ſeines Hauſes bedroht ſein ſoll. Servituten, vermöge deren jeder immittiren, Laſten auflegen u. ſ. w. dürfe, konnte man nicht annehmen, weil der Grundſatz entgegenſtand, daß ein Miteigenthümer an einer gemeinſamen Sache keine Servituten erwerben könne, und die Mauer ja faſt immer von ihrer Entſtehung an gemeinſam geweſen ſein wird. Auch da, wo die Mauer zuerſt dem einen Nachbarn gehört hatte, konnte doch nur der, welcher ſpäter das Miteigenthum erwarb, wirkliche Servituten, wenn ſie ſchon früher erworben waren, in Anſpruch nehmen; der andere Nachbar, welcher früher alleiniger Eigenthümer war, hätte dadurch doch kein Mittel gehabt, für ſeine Benutzung der gemeinſamen Mauer Schutz zu gewinnen. Daß demnach die allgemeinen Grundſätze des Servitutenrechts es unmöglich machten, die beiderſeitigen Anſprüche der Nachbaren an ihre gemeinſame Mauer durch Servitutbeſtellung zu regeln, iſt von unſern Juriſten zwar oft überſehen worden, aber die römiſche Jurisprudenz ſcheint es anerkannt zu haben, indem wir nirgends ſichere Spuren nachweiſen können, welche eine entgegengeſetzte Auffaſſung erkennen laſſen, und namentlich wird niemals in dieſen Fällen von einer confeſſoriſchen Klage geredet, ſondern nur perſönliche Klagen werden den Nachbaren zugeſprochen, wenn ſie in der Vornahme der ihnen geſtatteten Handlungen geſtört werden. Daß jedem die negatoriſche Klage gegeben wird, wenn der andere Intereſſent ein Weiteres in Anſpruch nimmt, als ihm zukommt, z. B. die Mauer durch ſeine Vorrichtungen in den fremden Luftraum ausweichen macht[1]), entſpricht durchaus dem Weſen der Negatorienklage als einer Eigenthumsklage, wie ſie ja immer von jedem Miteigenthümer angeſtellt werden kann, und läßt durchaus noch nicht den Schluß zu, daß das, was durch ſie ver-

1) L. 14 § 1 si serv. vind. 8, 5. Wenn ein Nachbar aber nur das thut, was ihm zukommt, alſo nur ſoweit immittirt und belaſtet, als es urſprünglich geſtattet ward, ſo iſt die negatoriſche Klage gegen ihn unzuläſſig. Vgl. l. 4 de serv. leg. 33, 3.

hindert werden kann, möglichen Falls durch Servitutbeſtellung dem Andern geſtattet werden kann.

Wenn nun alſo auch den beiden Nachbaren an der gemeinſamen Mauer keine Servituten zugeſtanden werden, ſo ſprechen die Quellen doch von einem ius luminis immittendi[m]) und von onera iure imposita[n]) oder ſagen, daß man iure Wannen an der Wand befeſtigen könne[o]), und ſcheinen ſo eine unmittelbare Berechtigung an der Mauer zur Vornahme dieſer Handlungen anzunehmen. Allein ſie werden zu dieſer Auffaſſung nur dadurch bewogen, daß die fraglichen perſönlichen Anſprüche jedem Innehaber des Nachbarhauſes gegenüber erhoben werden können, indem die Verabredungen, welche bei Errichtung der gemeinſamen Mauer oder auch wohl ſpäter von den Anliegern über deren Ausbeutung getroffen worden ſind, ſo lange dieſelben Perſonen die Häuſer behalten, mit der actio pro socio[p]), wo andere ſtatt ihrer eingetreten ſind, mit dem iudicio communi dividundo geſchützt werden[q]). Demnach kann man anomaler Weiſe mit der letztern Klage, die ſonſt immer auf Auflöſung der Communion geht, die Ermächtigung zur Vornahme einer poſitiven Thätigkeit erzwingen, und ſo ſtellt ſie dem Erfolge nach ein Verhältniß her,

m) L. 40 de S. P. U. 8, 2. Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto parieti communi nullo iure fenestras immisisse respondi. Auf die Auctorität von Harmenopulus hin hat Cujac hier ſtatt „parieti communi“ „parieti coeco“ leſen wollen, ſo daß hier gar nicht von dem oben beſprochenen Verhältniß die Rede wäre. Allein einmal wird dem Harmenopulus dieſe Auctorität nicht gegen das einſtimmige Zeugniß aller Handſchriften gewährt werden können, und dann wäre der Ausſpruch dieſer Stelle doch auch auch gar zu unbedeutend, wenn er nur ſagte, daß man ohne eine Servitut keine Fenſter in der fremden Wand machen dürfe, [denn vom Verbot der Fenſter in der eignen Wand weiß das röm. Recht unſers Wiſſens nichts], während die Stelle in der Faſſung unſers Corpus Juris die Frage entſcheidet, ob das Brechen von Fenſtern zu den Handlungen gehört, welche jeder Anlieger mit der gemeinſamen Wand eigenmächtig vornehmen kann, und dieſe Frage verneint.

n) L. 36 de damn. inf. 39, 2.

o) L. 19 § 1 de S. P. U. 8, 2.

p) L. 52 pro socio 17, 2.

q) L. 12 comm. div. 10, 3.

welches einer ſervitutartigen Berechtigung beider Eigenthümer an der gemeinſamen Wand möglichſt ähnlich kommt. Dieſe auffallende Function des iudicium communi dividundo erklärt ſich nur aus dem dringenden Bedürfniß, welches einen genügenden Schutz für die wichtigen Zwecke veranlaßte, welche die gemeinſame Mauer erfüllte, wie er durch die vorhandenen dinglichen Klagen aus juriſtiſchen Gründen nicht gewährt werden konnte. In Ermangelung dieſer mußten ſich die Theilungsklagen als die geeignetſten herausſtellen, um gegen Jeden Schutz zu ſchaffen.

Durch die actio communi dividundo alſo und auf der andern Seite durch Verſagung der negatoriſchen Klage werden die Verabredungen aufrecht erhalten, welche über die Immiſſionen und Belaſtungen der Mauer oder über die ſonſtigen Benutzungsweiſen derſelben getroffen ſind. Aber auch über die ausdrücklichen Verabredungen hinaus können die Intereſſenten ſolche Handlungen mit der Mauer vornehmen, welche die Conſtituenten muthmaßlich zugeſtanden hätten, und ſo wird namentlich jedem geſtattet, die Mauer nach ſeiner Seite hin nach Belieben auszuſchmücken, ſie zu tünchen und zu malen[r]), ferner ſeine häuslichen Vorrichtungen z. B. Treppen oder tönerne und daher waſſerdichte Badewannen äußerlich an derſelben anzubringen, wenn ſie nur nicht die Reparaturen hindern[s]) oder den innern Beſtand der Mauer dauernd angreifen, indem ſie dieſelbe zu ſehr austrocknen, wie es Kaminröhren oder Backöfen thun[t]), oder ſie durch Näſſe verderben, wie Röhren von Waſſerleitungen, Badeanſtalten u. ſ. w[u]).

Die gemeinſame Mauer wider Willen des andern Intereſſenten niederzureißen oder ſonſt eigenmächtige Veränderungen damit vorzunehmen, iſt natürlich jedem unterſagt[v]); doch wenn ſie baufällig iſt, und zwar in der Weiſe, daß ſie die Laſten, welche ſie den Verabredungen gemäß zu tragen hat, nicht mehr mit Sicherheit tragen

r) L. 13 § 1 de S. P. U. 8, 2.
s) L. 19 daſelbſt.
t) L. 13 pr. daſelbſt; arg. leg. 27 § 10 ad leg. Aquil. 9, 2.
u) L. 19 de S. P. U. 8, 2.
v) L. 8 daſelbſt.

kann, ſo darf jeder Intereſſent ſie einſeitig repariren und nöthigen Falls ganz umbauen[w]), und der Widerſtand des andern dagegen kann nach vorheriger Beſtellung einer cautio de damno infecto wegen des beim Bau entſtehenden Schadens[x]) wiederum durch das iudicium communi dividundo gebrochen werden[y]) — alſo wiederum eine Beſtimmung, welche gegenüber den ſonſtigen Grundſätzen in Betreff dieſer Klage als Anomalie erſcheint und nur aus der beſondern Wichtigkeit ſicherer Hülfe für die Miteigenthümer einer gemeinſamen Wand erklärt werden kann. Wollen beide Theile repariren und keiner es deßhalb dem andern geſtatten, ſo beſtellt der Richter den, welcher am geeignetſten iſt und die beſten Bedingungen verſpricht[z]). Ueberall kann der, welcher die Reparatur beſorgt hat, von dem

w) L. 35 bis 37 de damn. inf. 39, 2; Paul. Rec. Sent. V. 10, § 2.

x) L. 39 pr. de damn. inf.

y) L. 12 comm. divid. 10, 3. — Man könnte unſere Erklärung der eigenthümlichen Grundſätze über die Reparaturpflicht bei der serv. oneris ferendi durch Berufung auf den obigen Satz angreifen wollen, wonach jemand ja gegen den Willen des Nachbars die Mauer niederreißen und umbauen kann, die auch deſſen Haus begrenzt, und ſomit in dieſen Fällen die Heiligkeit des Hausfriedens nicht gewahrt und das Eindringen fremder Leute in das Innere des Hauſes nicht vermieden wird. Allein darin lag wohl grade der Unterſchied zwiſchen der eigenen und der gemeinſamen Mauer. Wer ſich auf die letztere einläßt, wird gleich Anfangs alle ſeine Einrichtungen ſo treffen können, daß das, was unmittelbar an der fraglichen Wand liegt, von jedem geſehen werden kann, er wird die Heiligthümer ſeines Hauſes nach einer andern Seite legen und gewiſſer Maaßen von vorneherein auf die ausſchließliche Herrſchaft in dieſem Theil des Hauſes verzichtet haben, wie das auch im Falle der serv. oneris ferendi der that, welcher die Errichtung einer eigenen Mauer unterließ und ſich damit begnügte, ſein Haus unmittelbar an die fremde Wand zu fügen. Er konnte dann ja nicht dem Eigenthümer die Reparaturen ſeiner Wand unterſagen. Wo man aber eine eigene Mauer gebaut hat, da wird man mit Recht erwarten, fortan allein Herr in ſeinem Hauſe zu ſein, und darum waren jene anomale Beſtimmungen bei der serv. oneris ferendi nöthig, um gegen fremde Eingriffe Schutz zu gewähren. Dieſer Schutz war aber bei dem paries communis unmöglich, da er hier zu einem gänzlichen Verfall der Wand und damit der beiden Häuſer hätte führen können.

z) L. 41 de damn. inf. 39, 2.

andern Theil Erſatz der Hälfte der Baukoſten verlangen, wenn er nur nicht übergroßen Aufwand gemacht und wenn er eine gute Mauer hergeſtellt hat [aa]). Hat er dagegen ohne genügenden Grund Veränderungen der Wand vorgenommen, ſo muß er dem andern vollen Erſatz auf das ganze Intereſſe leiſten [bb]), und die gleiche Verpflichtung liegt ihm ob, wenn er unrechtmäßiger Weiſe, d. h. über die Verabredung hinaus die Mauer von ſeiner Seite bebürdet hat und ſie in Folge deſſen einſtürzt, während beide den ſie treffenden Schaden tragen müſſen, auch wenn dieſer ungleich ſein ſollte, ſobald die Wand in Folge eines Fehlers derſelben, oder weil ſie von beiden Seiten zu ſehr belaſtet ward, zuſammenbrechen ſollte [cc]). Wegen des Schadens, welcher erſt Einem der Intereſſenten bevorſteht, kann er der Regel nach vom andern keine Caution fordern, da er ja ſelbſt repariren und dann den entſprechenden Theil der Koſten vom Nachbar beitreiben kann. Nur wenn der Eine ein beſſeres Haus hat, wie der andere, ſoll er die cautio damni infecti fordern können [dd]), und ferner, wenn ſein Mitintereſſent ſo verfährt, daß durch deſſen Schuld Schaden zu erwarten ſteht, z. B. mit dem Feuer leichtſinnig umgeht [ee]).

Wir haben hier ſeither zwei Functionen des iudicium comm. dividundo kennen gelernt, die von der regelmäßigen Anwendung dieſer Klage ſehr abweichen. Es frägt ſich, ob ſie, welche in l. 4 de serv. leg. 33, 3 für allgemein zuläſſig bei dem paries communis erklärt wird, hier auch zum Zwecke der Auflöſung der Communion auf den einſeitigen Antrag eines Intereſſenten gebraucht werden kann, wie das doch der Regel nach ihr eigentliches Ziel iſt. Allein in derſelben Weiſe wie nach l. 19 § 1 comm. divid. 10, 3 auf Theilung eines Veſtibulums, das zwei Häuſer mit einander gemeinſam haben, nicht erkannt werden kann, ſobald das dahin führen würde, daß ein

---

aa) L. 37 daſelbſt; Paul. Rec. sent. V, 10 § 2.

bb) L. 37 de damn. inf. 39, 2.

cc) L. 40 § 1 daſelbſt.

dd) L. 39 pr. daſelbſt.

ee) L. 27 § 10 ad leg. Aquil. 9, 2; Collatio leg. Mosaic. et Rom. XII, § 7.

Haus ganz von der Straße abgeſchnitten würde, ebenſo wird auch nicht auf körperliche Theilung der Mauer geklagt werden können, wenn die eine Hälfte derſelben keine ſelbſtſtändige Exiſtenz haben oder den Zweck, welchen dieſe ſeither gemeinſame Mauer für beide Häuſer erfüllt, dem einen ihr zunächſtliegenden allein nicht erfüllen kann. Denn ſonſt würde ja die Theilung das ganze Nachbarhaus in ſeiner Exiſtenz gefährden und ſo noch größeren Schaden herbeiführen, wie der iſt, welcher in l. 19 § 1 Veranlaſſung wird, um die körperliche Theilung auszuſchließen. Nur wenn in einzelnen Fällen die gemeinſame Mauer überflüſſig geworden iſt, oder beide Parteien die körperliche Theilung wünſchen, wird der Richter dazu ſowohl in Betreff des Grund und Bodens, als des etwa ſchon loßgelößten Materials ſchreiten können, und dabei werden dann wo möglich die frühern Grenzverhältniſſe und die von Jedem geleiſteten Beiträge in Berückſichtigung gezogen werden müſſen.

§. 46.

Die servitutes tigni immittendi, oneris ferendi, proiiciendi, protegendi und andere.

Nachdem einmal Recht und Sitte es geſtatteten, daß zwei Häuſer nur durch eine Zwiſchenwand von einander geſchieden waren, konnte auch da, wo eine Mauer ſchon unmittelbar an der Grenze von einem Eigenthümer errichtet war, und nun ein anderer daneben bauen wollte, bei ihm das Verlangen entſtehen, ſeiner Seits die Mauer zu ſparen, und da wird er geſucht haben, durch Verhandlungen mit dem Eigenthümer des Nachbarhauſes die Befugniß zu erwerben, in die Wand zu immittiren oder ihr Laſten aufzulegen, und geſtattete dies der Nachbar, ohne daß er ſein alleiniges Eigenthum an der Mauer aufgab, ſo mögen darin die Anfänge der in ſpäterer Zeit häufigen *servitus tigni immittendi*, oder wie ſie Juſtinian in § 1 J. de serv. II, 3 umſchreibt, der servitus, ut in parietem vicini liceat vicino tignum immittere, und der *servitus oneris ferendi*, oder nach Juſtinian der servitus, ut vicinus onera vicini sustineat, gelegen haben. Möglicher Weiſe können dieſe Servituten aber Anfangs auch nur benutzt ſein, um einzelne hervorragende

Balken oder kleinere Gegenſtände zu ſtützen und erſt allmälig dieſe große Bedeutung erhalten haben, daß die ganze Einrichtung des Hauſes darauf beruhen konnte.

Die beiden genannten Servituten unterſcheiden ſich, wie ſchon oben [§ 6 S. 55] ausgeführt iſt, dadurch von einander, daß die serv. tigni[a]) immittendi nur Theile des herrſchenden Hauſes in die Wand des dienenden Hauſes hineinragen läßt, ohne daß dieſe in der Wand ihren Stützpunkt finden und nur vermittelſt derſelben in ihrer jetzigen Lage erhalten werden können, während bei der serv. oneris ferendi Theile des herrſchenden Hauſes nicht nur in den fremden Luftraum hineinragen, ſondern dort auch durch eine Mauer oder Säule geſtützt werden müſſen, wenn ſie nicht ſelbſt und mit ihnen vielleicht größere oder kleinere Theile des ganzen herrſchenden Hauſes zuſammenbrechen ſollen. Welche von beiden Servituten in dem einzelnen Falle vorhanden iſt, muß jedes Mal nach den Umſtänden entſchieden werden, und ſelbſt der Gebrauch des Ausdrucks tigna immittere bei der Conſtituirung ſchließt noch nicht immer die servitus oneris ferendi aus, wie ein von Ulpian in l. 8 § 1 si serv. vind. 8, 5 erzähltes Beiſpiel beweißt, wo die Servitut dahin ging, Balken zu immittiren und auf dieſen Balken einen porticus ambulatorius zu baſiren, der dann von den Balken getragen werden mußte und alſo auch wohl die dienende Wand beſchwerte. Die wichtigen mit jenem Unterſchied zuſammenhängenden Beſtimmungen über die Reparaturpflicht des Eigenthümers der dienenden Sache bei der serv. oneris ferendi haben wir ſchon oben § 6 S. 54 bis 64 weitläuftig beſprochen (vgl. auch § 45 Anm. y S. 428).

Ein eigenthümliches Rechtsprincip für die serv. tigni immittendi hat man in der l. 14 pr. si serv. vind. 8, 5 finden wollen, wo Pomponius ſagt:

> Si, quum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere,

---

a) Der Ausdruck tignum bezeichnet nicht bloß einen Balken, wie wir es zu überſetzen pflegen, ſondern im juriſtiſchen Sinne wird jede Art von Baumaterial ſo benannt. Vgl. § 29 J. de rer. div. II, 1; l. 62 de V. S. 50, 16.

prohiberi a me potes; imo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas.

Man hat das mitunter ſo verſtanden, daß durch die serv. tigni immittendi nur die Befugniß ertheilt werde, den einen beſtimmten Balken, welcher zuerſt eingefügt iſt, überragen laſſen zu dürfen, ſo daß, wenn dieſer einmal zerſtört iſt, auf Grund der alten Servitut kein neuer Balken eingefügt werden darf. Es iſt aber auch ſchon von den verſchiedenſten Seiten mit Recht gegen eine ſolche Auffaſſung geltend gemacht worden, wie damit dieſer Servitut die perpetua causa genommen wäre, während doch grade das Bedürfniß einer ſolchen bei der serv. oneris ferendi zu ſolchen exorbitanten Anomalieen führte. Es kann freilich in einem einzelnen Falle von den Conſtituenten wohl mal beſtimmt ſein, daß die Servitut erlöſchen ſolle, wenn der Balken zerſtört ſei; aber der auf dieſe Weiſe beigefügte Endtermin kann nicht ipso iure, ſondern nur ope exceptionis wirken [vgl. § 19 S. 176 ff.]. Daß nun dieſe allgemeinen Grundſätze des Servitutenrechts auch bei der serv. tigni immittendi eingehalten wurden, geht ſchon daraus hervor, daß nach dem Herausziehen des Balkens aus der fremden Wand noch von einer usucapio libertatis die Rede iſt[b]), der Servitutberechtigte alſo durch das bloße Herausziehen des Balkens ſein Recht noch nicht verloren hat und noch immer wieder, bis die Freiheit erſeſſen iſt, immittiren darf, und es dabei doch im höchſten Grade auffallend wäre, wenn dem Eigenthümer des dienenden Grundſtücks ein Unterſuchungsrecht zugeſtanden würde, ob wirklich derſelbe alte Balken immittirt werde. Man hat daher auch jene Stelle des Pomponius auf andere Weiſe zu erklären verſucht, und ſo haben Viele nach dem Vorgang von A. Faber angenommen, der Juriſt rede hier von einem Falle, wo die Servitut dahin ging, einen einzelnen oder doch eine beſtimmte Anzahl von Balken zu immittiren, der Berechtigte nun aber neben dieſen noch weitere neue Balken anbringen wollte[c]). Da ſich aber dann die Entſcheidung der l. 14 durchaus von ſelbſt verſtände, auch nicht abzuſehen wäre, warum gerade der Nachdruck auf das meus

b) L. 6 de S. P. U. 8, 2; vgl. § 40 S. 363.

c) Vgl. auch Glücks Commentar Bd. 10 S. 74.

proprius paries im Gegenſatz zu dem communis paries, womit der § 1 jener Stelle beginnt, gelegt iſt, indem es auch bei Gemeinſamkeit der Mauer nicht geſtattet wäre, mehr zu immittiren, als verabredet iſt, und da auch der Wortlaut dieſem Sinne wenig entſpricht; ſo haben Andere mit größerm Recht angenommen[d]), daß der Juriſt hier gar nicht von der serv. tigni immittendi rede, ſondern von einem beſtimmten thatſächlichen Verhältniß, wo der Eigenthümer precario oder in Folge eines Obligationsverhältniſſes die Immiſſion geſtattet hatte [passus sim], und daß die Stelle daher nur den Zweck habe, die Erlaubniß dahin zu interpretiren, daß ſie vermuthlich nur für die zunächſt immittirten Balken gegeben iſt. Demnach iſt darin keine der serv. tigni immittendi eigenthümliche Beſchränkung ausgeſprochen.

Während die Ausübung einer serv. oneris ferendi zu ihrer nothwendigen Vorausſetzung das Vorhandenſein einer zum Tragen geeigneten Mauer oder Säule hat, ließe ſich die serv. tigni immittendi, bei welcher nur der von dem hereinragenden Balken in Anſpruch genommene Raum dem dienenden Grundſtück entzogen iſt, auch ſo denken, daß der Balken nicht in eine Mauer des Hauſes immittirt ſei, ſondern nur in die fremde Luftſäule hineinrage. Ein ſolcher Zuſtand kann ja ohnehin in jeden Augenblick dadurch herbeigeführt werden, daß die Wand, in welche der Balken ſeither auslief, weggebrochen wird, was der Servitutinnehaber, da er nur Anſpruch auf den Raum, nicht auf irgend eine Stütze oder einen Schutz für ſeinen Balken hat, nicht zu verhindern vermag. Wenn alſo durch ſpätere Umſtände die serv. tigni immittendi eine derartige Geſtalt annehmen konnte, ſo, ſollte man ſchließen, müßte ſie auch von vorne herein alſo conſtituirt werden können. Allein dem römiſchen Leben mochte dies nicht alsbald zum Bewußtſein gekommen ſein, und es hatte für derartige Bildungen bereits andere Namen geſchaffen, die *servitutes proiiciendi* und *protegendi*[e]). Davon iſt die letztere eigentlich eine

d) So *Brunnemann* Comment ad h. l.; Geſterding Nachforſchungen Bd. VII Abth. I, S. 29.

e) § 2 J. de act. IV, 6; l. 1 pr. de S. P. U. 8, 2; l. 2 de S. P. R. 8, 3; l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2.

Den obigen Unterſchied giebt die l. 242 § 1 de V. S. des Javolen an.

Unterart der erſtern, indem ſie ſtatt hat, wenn es ein Theil des Dachs iſt, was in den fremden Luftraum hineingebaut wird, während die erſtere vorhanden iſt, wenn irgend ein Ueberbau, worin er auch immer beſtehen mag, geſtattet iſt.

Das römiſche Leben blieb aber nicht dabei ſtehen, nur die Ausläufer einzelner Balken, Steine u. ſ. w. in das fremde Gebiet hineinragen zu laſſen, ſondern wie Neratius berichtet[f]), kam es vor, daß Zimmer und Hallen ganz und gar in dem einen Hauſe lagen, und doch zu dem andern gehörten, von wo aus ein Eingang in dieſelben führte, ſo daß alſo jenem Nachbarhaus die Servitut oblag, auf ſeinen Mauern ein fremdes Zimmer zu tragen.

Nur eine vorübergehende Benutzung des fremden Luftraumes oder des fremden Grund und Bodens gewährt die in l. 1 § 8 de mortuo infer. 11, 8 beiläufig erwähnte Servitut, vermöge deren man die bei Reparaturen des herrſchenden Gebäudes erforderlichen Baugerüſte [machinae] auf dem dienenden Grundſtück befeſtigen kann. Neuere haben dafür wohl den Namen gebildet *servitus machinam alligandi*. In l. 17 comm. praed. 8, 4 erkennt Papinian eine Servitut als möglich an, vermöge deren man auf dem fremden Grund und Boden eine Mauer aufführen kann.

§. 47.

Die servitus stillicidii, fluminis, fumi immittendi, aquae immittendae und andere.

Seitdem in Folge der serv. protegendi Theile des Dachs eines Hauſes in den fremden Luftraum hineinragten, wird es oft vorgekommen ſein, daß das Regenwaſſer, welches von dieſem Dach fiel, nicht in Rinnen aufgefangen und auf das herrſchende Grundſtück

---

wo es heißt: Inter *proiectum* et *immissum* hoc interesse, Labeo ait, quod proiectum esset id, quod ita provcheretur, ut nusquam requiesceret, qualia mocniana et suggrundae essent, immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur. Vgl. l. 25 pr. de S. P. U. 8, 2.

f) L. 47 de damn. inf. 39, 2.

zurückgeführt wurde, ſondern daß es frei auf das dienende Grundſtück herabträufelte, und ſo wird das Recht zur Immiſſion des Waſſers häufig als ein Acceſſorium jener Servitut aufgetreten ſein. Bei dem Vortheil, welcher daraus dem herrſchenden Grundſtück entſtehen konnte, indem dadurch das Bauen bis unmittelbar an die Grenze um vieles erleichtert wurde, wird man häufig das Dach nur deßhalb und nur ſo weit in des Nachbars Grundſtück haben hineinragen laſſen, als es zur Immiſſion des Regenwaſſers erforderlich war, und die Befugniß zu dieſer Immiſſion war dann der nächſte und beabſichtigte Zweck der ganzen Servitutbeſtellung, ſo daß auch darnach die einzelnen Beziehungen dieſes Verhältniſſes beurtheilt werden mußten, während die Befugniß, das Dach oder die ſonſtigen Anſtalten, durch welche das Waſſer abfloß, in den Luftraum des Nachbars hineinragen laſſen zu dürfen, nur als ein Acceſſorium jener Befugniß erſchien, welches zwar die nothwendige Vorausſetzung derſelben aber keineswegs das war, welches dem ganzen Verhältniß den beſtimmten Charakter zu geben vermochte. Deßhalb nannte man daſſelbe denn auch nicht etwa eine servitus protegendi, ſondern ſeinem Zwecke gemäß eine *servitus stillicidii* oder eine *servitus fluminis*. Davon ſetzt die erſtere, die auch genannt wird *ius stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini*[a]) oder *servitus, ut recipiat stillicidium quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam*[b]), voraus, daß das Waſſer tropfenweiſe und daher gewöhnlich von der ganzen Länge des Dachs herabfällt, während da, wo eine servitus fluminis geübt wird, vorausgeſetzt wird, daß das Waſſer von einer größern Strecke des Dachs an einem Punkte geſammelt iſt und ſo von dort aus in einem Strahl herabfällt[c]).

Sind dieſe Servituten einmal zu Gunſten eines Hauſes errichtet, ſo bleiben ſie auch beſtehen, wenn das Haus niedergeriſſen und ein

a) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

b) § 1 J. de servit. II, 3.

c) *Varro* de ling. Lat. V. § 27: Fluvius quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: Stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat; flumen quod fluit continue. *Paulus* epit. Festi s. v. *stiricidium*.

anderes dort aufgeführt wird[d]), nur daß dadurch die Laſt für das dienende Grundſtück nicht größer werden darf, und darum darf der Berechtigte namentlich nicht das Dach fortan weiter in das fremde Grundſtück hineinragen laſſen, ſo daß es einen größeren Theil deſſelben bedeckt, während er es wohl weiter nach ſeiner Grenze hin zurücklegen kann; ferner darf er den Tropfenfall wohl höher legen, nicht aber niedriger, weil ſchon den Römern die Beobachtung nicht entgangen war, daß derſelbe viel weniger Kraft habe und das Erdreich weniger verletze, wenn er von einer größern Höhe herabfällt, und daß der Wind dann auch die Tropfen oft zerſtreue, ehe ſie ganz heruntergefallen ſind[e]). Sodann darf ferner auch die Neigung des Daches nicht vergrößert, wohl aber daſſelbe weniger ſteil angelegt werden[f]). Endlich iſt auch eine Veränderung des Materials, mit welchem das Dach gedeckt iſt, unterſagt, ſobald das Einfluß auf den Waſſerlauf haben kann und nicht als Erleichterung der Laſt erſcheint. So ſagt Paulus in der l. 20 § 4 de S. P. U., wenn die Tropfen früher von Ziegeln herabfielen, ſo dürfen ſie ſpäter nicht von Holz oder andern Stoffen (z. B. Schilf und Stroh) herabfallen, und zwar wohl deßhalb, weil die Form der Ziegel an beſtimmten regelmäßigen Stellen und in überall gleicher Stärke das Waſſer abfließen läßt, während es ſich bei Dächern anderer Art erſt einen Weg

---

d) L. 20 § 2 de S. P. U. 8, 2.

e) Auf die serv. fluminis wird dieſe Beſtimmung nicht in ihrem ganzen Umfange anwendbar ſein. Denn ein Waſſerſtrahl wird kräftiger und ſchädlicher, je höher er herabfällt, ſobald nur dieſe Höhe noch nicht ein beſtimmtes, nach Verhältniß der Stärke des Stroms verſchiedenes Maaß überſchreitet; von da an wird jede weitere Erhöhung eine Milderung deſſelben ſein, und daher nach Analogie der Beſtimmungen für den Tropfenfall geſtattet werden müſſen.

f) L. 20 § 5 daſelbſt. *Paulus.* — Stillicidium, quoque modo adquisitum sit, *altius tolli potest*; levior enim fit eo facto servitus; quum quod ex alto cadit, lenius et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. *Inferius demitti non potest*, quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa *retro duci potest* stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere; *produci non potest*, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. *Lenius facere* poterimus, acrius non.

ſuchen muß und ſich ſo leichter zu größern Maſſen ſammeln und dann mit ſtärkerer Kraft herabfallen kann. — Da die Ausübung dieſer Servituten nur möglich iſt, wenn das dienende Grundſtück an der betreffenden Stelle niedriger iſt, wie der Ort, von wo das Waſſer herabfällt, ſo ſind dem Eigenthümer des erſteren alle Bauten unterſagt, wodurch dieſe Höhe überſchritten wird[g]), und geſtattet der Servitutberechtigte ihm, dergleichen vorzunehmen, ſo liegt darin ein Verzicht auf die Servitut[h]); doch nur, wenn grade mit Rückſicht auf dieſe Servitut die Erlaubniß ertheilt wird, wird ein ſolcher Verzicht angenommen, und hat der Berechtigte daher neben der serv. stillicidii noch eine serv. altius non tollendi und geſtattet um, höher zu bauen, ſo ſoll, wie Pomponius in l. 21 de S. P. U. ſagt, daraus nur auf einen Verzicht auf die letztere geſchloſſen werden, und der Bau muß alſo ſo eingerichtet werden, daß noch immer der Abfluß des Regenwaſſers vom herrſchenden Grundſtück möglich iſt[i]).

Nach dem Vorbild dieſer Servituten, wodurch es geſtattet iſt, das beläſtigende Waſſer in das fremde Grundſtück zu immittiren, mögen manche andere entſtanden ſein. So gewährt die *servitus fumi immittendi* das Recht, in anderer und umfaſſenderer Weiſe, als es ſchon nach der allgemeinen geſetzlichen Erlaubniß auf jedem Grundſtück geſtattet iſt [vgl. § 33 S. 292 und 294 f.], Rauch auf dem herrſchenden Grundſtück zu machen und in den Luftraum des dienenden, ſei es durch beſondere dort mündende Röhren, ſei es nur mittelſt des gewöhnlichen Luftzugs und Windes zu immittiren[k]). Aus der oben [§ 17 S. 157] beſprochenen l. 29 de S. P. U. 8, 2 erſehen wir, daß auch Servituten vorkommen, in Folge deren man überflüſſiges Waſſer durch eine Oeffnung des herrſchenden Hauſes ableitete; und in l. 8 § 7 si serv. vind. 8, 5, werden Servituten für zuläſſig erklärt, in Folge deren man den Dampf eines Bades durch Kanäle in den Raum des Nachbaren leitet. Nach l. 17 § 2

g) L. 20 § 3, l. 21 de S. P. U.

h) L. 8 pr. quemadm. serv. amitt. 8, 6.

i) Ueber die Bedeutung der *servitus stillicidii recipiendi* haben wir bereits weitläuftig in § 39, S. 354 ff. geſprochen.

k) L. 8 § 5 und 6 si serv. vind. 8, 5.

si serv. vind. 8, 5 ſcheinen Servituten vorgekommen zu ſein, vermöge deren man Miſtgruben in der Nähe der Wand des Nachbaren haben darf, trotzdem daß dadurch die letztere feucht wird, und man alſo in dieſelbe Flüſſigkeiten immittirt.

§. 48.

Die servitus cloacae.

Einen durchaus ſelbſtändigen Entwicklungsgang ſcheint die *servitus cloacae* oder, wie Paulus in l. 7 de serv. 8, 1 ſagt, das *ius cloacae mittendae* genommen zu haben und zugleich ein verhältnißmäßig hohes Alter beanſpruchen zu dürfen. Aus der ſchon mehrmals erwähnten Stelle von Livius (V, 55) erfahren wir, daß die öffentlichen Cloacen ſeit dem galliſchen Brande nicht mehr überall auf öffentlichem Grund und Boden geführt waren, ſondern unter manchen Privathäuſern hindurchgingen. Damit mußten denn auch die Privatcloacen, welche den Abfluß aus den einzelnen Häuſern in die öffentlichen Cloacen bildeten, und bis dahin unmittelbar von dem einzelnen Hauſe in die daran vorbei laufende Straße und in die dort befindliche Cloace eingemündet waren, vielfach unter fremde Privatgrundſtücke gerathen ſein, und demnach, da dem, von deſſen Haus ſie ausging, ein Recht auf die Benutzung einer ſolchen nicht abgeſprochen ſein wird, von ſelbſt der Anfang der servitus cloacae entſtanden ſein.

Die Hauptfunction derſelben blieb immer, die Verbindung der einzelnen Häuſer und ſtädtiſchen Grundſtücke mit den öffentlichen Cloacen zu vermitteln, doch kam ſie auch ſo vor, daß ſie an einem andern Orte mündete[a]), oder daß ſie ländliche Grundſtücke entwäſſern ſollte[b]). Ein weſentliches Erforderniß für die Ausübung dieſer Servitut iſt das Vorhandenſein eines zum Abfluß geeigneten Kanals, der jedoch nicht nothwendig unterirdiſch ſein mußte[c]). Ehe der

a) L. 1 § 8 de cloac. 43, 23.

b) L. 2 de S. P. R. 8, 3.

c) L. 1 § 4 de cloac. Ulpianus. - Cloaca autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.

Servitutinehaber das Recht zur Herſtellung eines ſolchen Kanals erzwingen kann, muß er wegen des etwa dem Eigenthümer dadurch entſtehenden Schadens eine cautio de damno infecto beſtellen[d]).

§. 49.

Die Servituten zum Schutz gegen Verdunkelung der Gebäude oder gegen Beeinträchtigung der Ausſicht.

Seitdem man die Häuſer unmittelbar an die Grenzen zu bauen begann, mußte für alle die Fenſter, welche nach der Grenze hin belegen waren, die Gefahr entſtehen, daß ſie jeden Augenblick durch willkürliche Veränderungen des Nachbargrundſtücks verdunkelt und auf dieſe Weiſe dem Hauſe Luft und Licht entzogen werden konnte. Um dagegen einen Schutz zu gewähren, ſchuf das Recht die mehr ſpecielle *servitus altius non tollendi* und die generelle auch jene umfaſſende *servitus ne luminibus officiatur*. Davon mag wohl die serv. altius non tollendi die ältere geweſen ſein, da ſie gegen die Art und Weiſe der Verdunkelung gerichtet war, welche auf ſtädtiſchem Grund und Boden am meiſten zu fürchten war, und da ferner, wenn ſich einmal die allgemeinere Servitut gebildet hatte, die ſpeciellere Form ſich nicht mehr mit einem beſondern Namen Bahn gebrochen haben würde. Dieſe ſcheint auch, wie die bei weitem häufigere Erwähnung derſelben in unſern Quellen erkennen läßt, noch ſpäter eine größere Verbreitung genoſſen zu haben. Beide Servituten bleiben aber nicht dabei ſtehen, nur zum Schutz gegen gänzliche Verdunkelung beſtellt zu werden, ſondern die serv. altius non tollendi wurde errichtet, wo irgend ein Intereſſe durch den Höherbau verletzt werden konnte, namentlich alſo auch zum Schutz gegen die geringſte Verdunkelung eines Hauſes, gegen Beſchattung eines offnen Platzes oder gegen Verbauen der Ausſicht, ja wenn uns auch in den Quellen nichts davon berichtet wird, ſo mag ſie auch dazu gedient haben, um da, wo gewerbliche Zwecke oder ſonſtige Gründe eines freien

d) L. 1 pr. daſelbſt. Vergleiche über dieſe Servitut Schmidt von Ilmenau, die interdicta de cloacis in der Zeitſchrift für geſch. R. W. Bd. 15 S. 51—89 (1850).

Luftzugs bedurften, das Verbauen deſſelben zu verhindern. Mit der serv. ne luminibus officiatur dagegen ſicherte man ſich gegen Alles, wodurch eine weniger günſtige Erhellung des Gebäudes veranlaßt werden konnte[a]). Doch konnten dieſe beiden Bildungen noch nicht allen Anſprüchen genügen, ſeitdem das römiſche Leben den Verfeinerungen des Luxus Geſchmack abzugewinnen und damit den Werth einer ſchönen Ausſicht kennen zu lernen begann; nur wenn dieſe durch Errichtung neuer Gebäude beeinträchtigt wurde, vermochte die serv. altius non tollendi zu helfen; wenn ſie auch auf andere Weiſe bedroht wurde, half eine dritte Bildung, die *servitus ne prospectui officiatur*, welche ſich der serv. altius non tollendi gegenüber wieder als das Generelle gegenüber dem Speciellen verhielt, ſo daß dieſes überflüſſig ward, wo jenes vorhanden war. Dieſe Servitut iſt nun vielleicht von Anfang an eben ſo häufig benutzt worden, um außerhalb der Stadt die Villen, Luſtgärten und ſonſtigen Vergnügungsanlagen gegen Beſchränkung der Ausſicht zu ſichern, als innerhalb der Stadt, wo ihre Anwendung, ſo lange die römiſche Sitte ſich in den Häuſern ungeſchmälert erhielt, eine ſehr ſeltene geweſen ſein wird.

Was dieſe Bildungen im Einzelnen betrifft, ſo hindert die *servitus altius non tollendi* oder, wie ſie auch genannt wird, die *servitus ne quid altius tollatur*[b]), nur daran, ohne Zuſtimmung des Servitutberechtigten, irgend welche Bauten vorzunehmen, durch

a) Der Ausdruck *lumina* dient in allen auf das Servitutenrecht bezüglichen Stellen einmal dazu, um das Licht zu bezeichnen, welches in ein Haus einfällt, aber auch nur dieſes, ſo daß man, wenn man einem unbedeckten Raum durch Freihalten des Horizonts eine größere Helligkeit bewahren wollte, jene Servitut nicht beſtellt haben wird. Sodann aber werden auch die Oeffnungen durch welche das Licht eindringt als *lumina* bezeichnet [lumina immittere, l. 13 § de neufr. 7, 1; l. 40 de S. P. U. 8, 2, — lumina excipere l. 4 daſelbſt — lumina coenaculi l. 25 § 2 de loc. cond. 19, 2], aber nur in ſo fern ſie dazu dienen, Licht einzulaſſen, [die fenestrae luciferae der l. 12 § 3 C. de aedif. privat. 8, 10] nicht etwa auch, ſofern ſie ſchöne Ausſichten gewähren, [die fenestrae prospectivae der l. 12 § 3 cit.], ſo daß, wer dieſe verbaut, dabei aber den Horizont frei läßt, nicht gegen die serv. ne luminibus officiatur handelt [l. 16 de S. P. U. 8, 2].

b) L. 12 de S. P. U. 8, 2.

welche das Niveau des dienenden Grundstücks weiter erhöht wird, als solches von den Constituenten gestattet ist, oder, falls die Servitut unbeschränkt bestellt ist, das Niveau irgend höher zu legen, als dasselbe zur Zeit der Servitutbestellung war. Doch nur wirkliche Bauten sind verboten, d. h. solche Veränderungen, welche durch dauernde Verbindung von Baumaterialien (Holz, Steine, Erde u. s. w.) mit dem Grund und Boden bewerkstelligt werden, wogegen die Anpflanzung einzelner Bäume oder eines ganzen Baumgartens, wenn dadurch auch ein Theil des Horizonts verdunkelt wird, trotz dieser Servitut durchaus gestattet ist[c]. Denn das galt nicht als eine Erhöhung des Grundstücks selbst, als ein altius tollere[d].

Die *servitus ne luminibus officiatur* verleiht, wie Paulus sagt[e], hauptsächlich auch die Befugniß, den Höherbau auf dem dienenden Grundstück zu verhindern, beschränkt sich aber darauf nicht, sondern verbietet auch, dort irgend welche Bäume zu pflanzen, durch welche die lumina beeinträchtigt werden können, nur daß hier noch immer der Untersuchung Raum gegeben werden soll, ob nicht etwa der Schatten, welchen die Bäume verbreiten, für das herrschende Haus nicht nachtheilig, sondern in seinem wahren Interesse ist, in welchem Falle der Servitutberechtigte nicht etwa blaß zur Chikane Niederschlagen der gepflanzten Bäume fordern soll[f]. Der Grund, warum diese Untersuchung nur bei der Pflanzung von Bäumen, nicht auch bei einem Höherbau erfordert wird, mag darin beruhen, daß es auch bei italienischem Klima nie als ein allgemeiner, von jedem anerkannter Vortheil angesehen wurde, wenn ein Haus gleichmäßig das ganze Jahr hindurch durch andere Gebäude von der Sonne abgeschnitten und in Schatten gesetzt war, während dagegen die Vermuthung dort immer nahe lag, daß Bäume, welche nur in den

---

c) L. 12 daselbst.

d) Die *servitus altius tollendi* haben wir schon oben § 39, S. 345 zu erklären gesucht.

e) L. 4 de S. P. U. 8, 2 . . . hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

f) L. 17 pr. de S. P. U. 8, 2.

warmen Jahreszeiten einen dichten Schatten gegen die Sonne boten, ſonſt aber genügendes Licht durchließen, keine Beläſtigung des herrſchenden Grundſtücks, ſondern ein Vortheil für daſſelbe ſein könnten, und daß daher die Conſtituenten bei der Servitutbeſtellung die Pflanzung dieſer möglicher Weiſe nicht unterſagt haben wollten. Doch nur eine Vermuthung ſpricht dafür, und wo im einzelnen Falle ein ſolcher Vortheil nicht erkannt wird, da wird die allgemeine Faſſung dieſer Servitut dafür ſprechen, daß auch das Pflanzen von Bäumen verboten ſein ſoll, wenn dieſe irgend das Licht behindern, und beſonders, wenn grade der ungehemmte Zutritt der Sonnenſtrahlen für den beſondern Zweck des Hauſes ein nöthiges Erforderniß iſt [wie beim heliocaminus oder solarium][g]. Das Abſchlagen von Bäumen kann dem Eigenthümer des dienenden Grundſtücks auf Grund dieſer Servitut natürlich nicht unterſagt werden, da ſie ja nur zur Erhaltung des jetzt vorhandenen Lichts nicht aber auch zur Gewährung des ſeitherigen Schattens verpflichtet[h], wohl aber kann nach Ulpians Ausführung in l. 17 § 2 de S. P. U. 8, 2 das Abreißen eines Gebäudes mitunter gegen dieſe Servitut verſtoßen, wenn nämlich, wie es in jener Stelle heißt „κατὰ ἀνταπάκλασιν vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur", d. h. wohl, wenn ein Reflex von jenem Gebäude zur Vermehrung der Helligkeit beiträgt.

Bei der engen Beziehung von „lumina" auf die Fenſter des herrſchenden Gebäudes entſtand die Frage, ob bloß die gegenwärtig vorhandenen, oder auch die, welche etwa künftig nach der Seite des dienenden Grundſtücks hin angelegt werden ſollten, in Folge dieſer Servitut zu ſchützen ſeien. Da Servituten ſchon zum Schutz künftiger Häuſer beſtellt werden können, ſo unterlag es noch weniger einem Zweifel, daß auch im Voraus ein ſolcher Schutz für projectirte oder überhaupt nur mögliche Fenſteranlagen in einem ſchon vorhandenen Hauſe errichtet werden kann[i], und wie Pomponius in l. 23 de S. P. U. ſagt, ſoll, wenn die Servitut allgemein conſtituirt iſt, für

g) L. 17 pr. de S. P. U. 8, 2.
h) L. 17 § 1 daſelbſt.
i) L. 22 daſelbſt.

eine Ausdehnung derſelben auf die künftigen Fenſteranlagen vermuthet werden, da es billiger [humanius] ſei, daß auch dieſe in dem Wort lumina einbegriffen ſeien. Nur wo man zur Conſtituirung die Formel gebraucht hatte: „Lumina, quae nunc sunt, ut ita sint“, war die Beziehung auf die augenblicklich vorhandenen Fenſter zu entſchieden ausgeſprochen, um einer mildern Erklärung Raum zu geben[k]).

Die *servitus ne prospectui officiatur*[l]) oder *ne prospectus offendatur*[m]) hat in ſo fern einen weitern Umfang, wie die eben beſprochene Servitut, als ſie nicht bloß jede Veränderung verhindert, welche das Licht abſchließt, oder wie Paulus in l. 16 de S. P. U. ſagt, es verhindert, daß man den Himmel ſieht, ſondern auch jede andere Anlage unterſagt, wodurch der Geſichtskreis gemindert wird, ſo daß denn auch das Pflanzen von Baumgärten auf dem dienenden Grundſtück ohne weitere Unterſuchung als gegen die Servitut anſtoßend erklärt wird[n]). Insbeſondere darf aber keine Anlage gemacht werden, welche einen ſtörenden und unangenehmen Eindruck macht, da, wie Ulpian in der l. 15 ſagt, nicht nur der liber prospectus, ſondern auch der gratior prospectus nicht gehindert werden darf. Daß der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks auf Grund dieſer Servitut behindert werden kann, Mauern einzureißen, Bäume zu ſchlagen oder dergl., weil ſolche etwa Gegenſtände verdecken, die einen ſtörenden und häßlichen Anblick gewähren, wird nirgends geſagt, und der Name ſpricht dagegen, da darnach nur das Bereiten eines Hinderniſſes verboten erſcheint. — In der l. 12 daſelbſt iſt der Ausdruck gebraucht *servitus de prospectu*, und das hat ältern und neuern Juriſten Veranlaſſung gegeben, zwei verſchiedene Ausſichtsſervituten anzunehmen, worauf ſie dann willkürlich und darum in verſchiedenſter Weiſe den Inhalt der serv. de prospectu, von der ſie nur den Namen kannten, beſtimmen mußten. Selbſt angenommen, daß ſich hier zwei Formen gebildet hatten, ſo ſind doch derartige

k) L. 23 pr. daſelbſt. Ueber das ius luminibus officiendi ſiehe § 39 S. 345 ff.

l) L. 3 de S. P. U. 8, 2.

m) L. 15 daſelbſt.

n) L. 12 daſelbſt.

Unterſuchungen boden- und haltungsloß, ſo lange ihnen alles Material fehlt, und der bloßen Vermuthung aller Boden überwieſen iſt; gegen jene Annahme ſpricht aber ſchon der Umſtand, daß in den wenigen Stellen[o]), die von der serv. ne prospectui officiatur unzweifelhaft handeln, ſie bald ſo, bald aber auch ne prospectus offendatur genannt wird, ſo daß ſich alſo ein beſtimmter Name und eine beſtimmte Errichtungsformel für dieſe Servitut noch nicht ſicher ausgebildet hatte, und daher die Bezeichnung derſelben durch serv. de prospectu um ſo erklärlicher wird. Ebenſo verhält es ſich mit der von Juſtinian in § 2 J. de actionib. 4, 6 gebrauchten Bezeichnung serv. prospiciendi.

Was wir aber über die Streitigkeiten hinſichtlich der serv. de prospectu geſagt haben, gilt in noch weit erhöhtem Grade von denen über die vielbeſprochene *servitus luminum*. Paulus ſagt nämlich in l. 4 de S. P. U. 8, 2:

> Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Quum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur etc.

Daß die serv. luminum von der serv. ne luminibus officiatur verſchieden iſt, kann nach dieſer Stelle nun allerdings nicht geleugnet werden, und worin ſie beſteht, läßt ſich, da ſie ſonſt im Corpus Juris nicht erwähnt wird, mit abſoluter Gewißheit ſchwerlich feſtſtellen. Die Worte dieſer Stelle machen es aber wahrſcheinlich, daß ebenſo, wie nach der l. 40 de S. P. U. 8, 2 (vgl. § 45 Anm. m) ein Nachbar Fenſter in der gemeinſchaftlichen Wand haben und dadurch ſein Licht etwa von dem Hofe des Nachbaren erhalten kann, ſo auch vermöge dieſer Servitut da, wo die Scheidewand im alleinigen Eigenthum des einen Nachbaren ſteht, dieſem die Verpflichtung auferlegt werden kann, zu dulden, daß der andere Fenſter hineinbreche, um auf dieſe Weiſe ſein unmittelbar an die Mauer angelehntes Haus zu erhellen[p]). Daß derartige Anlagen im römiſchen Leben vorkamen,

---

o) L. 3 und l. 15 de S. P. U. 8, 2; l. 12 § 2 und 3 C. de aedif. priv. 8, 10.

p) Die serv. luminum wird dann häufig mit der serv. tigni immittendi oder auch mit der serv. oneris ferendi verbunden geweſen ſein, da der Nach-

wird uns in einer Codexſtelle von Diocletian und Maximian ausdrücklich berichtet[q]). Man will nun freilich häufig, wenn man auch dieſe Auffaſſung der servitus luminum theilt, den hauptſächlichſten Fall ihrer Anwendung bei der gemeinſamen Mauer finden, wo das Recht des einen Nachbars zur Immiſſion von Fenſtern eine ſolche servitus luminum ſein ſoll; wie aber nirgends Servituten zu Gunſten eines der Intereſſenten eines paries communis ausdrücklich erwähnt, vielmehr, wenn auch von einem ius zur ſelbſtändigen alleinigen Vornahme einzelner Eigenthumshandlungen die Rede iſt, dieſes doch nur mit einer actio communi dividundo nicht mit einer confeſſoriſchen Klage geſchützt wird, haben wir im § 45 S. 425 ff. ausgeführt, und glauben daher die servitus luminum der l. 4 cit. allein von den Fenſtern in einer fremden Mauer verſtehen zu müſſen.

Doch dieſes Reſultat iſt durchaus kein unangefochtenes. Zweifel daran werden beſonders geſtützt auf eine Stelle des weſtgothiſchen Epitomes aus Gaius [§ 3 de rebus II, 1], wo es heißt:

> Praediorum urbanorum iura sunt .... altius erigendae domus aut non erigendae et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat.

Man hat nun die verſchiedenartigſten Wege eingeſchlagen, um die Beſchreibung der serv. luminum in dieſer Stelle mit der Angabe von Paulus in l. 4 cit. in Uebereinklang zu bringen, und Jahrhunderte hindurch und bis in die neuſte Zeit iſt ein lebhafter Kampf über das eigentliche Weſen dieſer Servitut geführt, der eine Reihe mannigfacher Erklärungen derſelben zu Tage gefördert hat[r]). Und dieſer Kampf war um ſo lebhafter, als man meiſten Theils von der unrichtigen Vorausſetzung ausging, als ob unſer Rechtsleben an die in Rom ausgebildeten Servitutenformen gebunden ſei, und daher jeder beſtrebt war, in dieſe miſterieuſe serv. luminum wo möglich

---

bar durch dieſe erſt das Recht erwerben mußte, ſein Haus unmittelbar mit der fremden Wand zu verbinden.

q) L. 8 C. de serv. 3, 34 .... In pariete vero tuo si fenestram Iulianus vi vel clam fecisse convincatur, sumtibus suis opus tollere et integrum parietem restituere compellitur.

r) Die neuſte Ueberſicht über die ſämmtlichen Erklärungsverſuche findet ſich in Vangerow's Leitfaden Bd. I § 342 Anm. 1.

alles das hineinzulegen, wofür das bei uns vielfach anders gewordene Leben einer Servitut bedürftig erſchien. Seitdem man zu der Einſicht gelangt iſt, daß die im Corpus Juris genannten Servituten keineswegs die einzig möglichen ſind, und ihre Zahl beliebig ergänzt werden kann, hätte man den Streit über die serv. luminum als durchaus unpraktiſch fallen laſſen und eingeſtehen ſollen, daß wenn wirklich die von dem epitomirten Gaius und die in l. 4 cit. erwähnte serv. luminum ein und dieſelbe ſein ſollte, unſer Material nicht hinreicht, um eine genügende Erklärung derſelben in unzweifelhafter Weiſe hinzuſtellen. Dieſer Stelle des Gaius aber gegenüber den oben erwähnten Anzeichen, welche für unſere Erklärung dieſer Servitut ſprechen, eine unbedingte Glaubwürdigkeit zuzugeſtehen, ſind wir um ſo weniger genöthigt, als einmal dieſer Titel des Gaius ſehr viele Spuren der weſtgothiſchen Bearbeitung an ſich zu tragen ſcheint, und dieſe leicht zwei im Urtext neben einander genannte Servituten, die serv. luminum und die serv. ne luminibus officiatur, durch Mißverſtand in eine zuſammengezogen haben kann, ſodann es aber unſers Erachtens durchaus möglich ſein kann, daß ſich für die ſo ſelten erwähnte und darum auch wohl ſelten übliche serv. ne luminibus officiatur zu Gaius Zeiten noch kein allgemein anerkannter Name gebildet hatte, vielmehr kann man, da Pomponius uns in l. 23 de S. P. U. 8, 2 auch zwei Errichtungsformeln für dieſe Servitut nennt, nämlich die, wo der Ausdruck gebraucht war: ne luminibus officiatur, und die, wo geſagt war: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint, bei Anwendung der letztern leicht zu der kurzen Bezeichnung serv. luminum gekommen ſein, ohne daß man ſich immer bewußt war, daß ein anderes ſeiner eigenthümlichen Vorausſetzungen wegen gewiß nur ſehr ſeltenes Verhältniß ſchon alſo bezeichnet wurde. Erſt in Juſtinians Compilation, nicht im römiſchen Leben, mögen die Namen zu ausſchließlich techniſchen geworden ſein. Allein, wir widerholen, die ganze Frage hat eine zu untergeordnete Bedeutung, um hier Gegenſtand eingehender Unterſuchungen werden zu dürfen, da für die römiſche Auffaſſung des Servitutenbegriffs ſchwerlich irgend welche Folgerungen daraus gezogen werden können.

Erwähnt wird in l. 17 § 1 si serv. vindic. 8, 5 noch die Servitut, in Folge deren dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks unterſagt war „positum habere“; ſie ſoll nach dem Ausſpruch von Alfenus die Befugniß ertheilen, die Aufſtellung kleiner Waſſerbehälter zu unterſagen. Was aber der eigentliche Zweck dieſer Servitut war, läßt ſich aus der Stelle nicht genügend erkennen; möglich aber iſt es, daß ſie eine ähnliche Bildung war, wie die serv. altius non tollendi, und nur in ſo fern einen weitern Umfang hatte, als unter ponere auch das Pflanzen von Bäumen begriffen war[a]), und daher auch dieſes auf Grund jener Servitut unterſagt werden konnte.

a) L. 17 pr. de S. P. U. 8, 2.

Zweiter Abſchnitt.

Die Perſonalſervituten.

Erſtes Kapitel.

Der Uſusfruct.

§ 50.

Die Ausbildung der Lehre vom Uſusfruct.

In der Einleitung dieſes Werks [§ 2 S. 16 ff.] haben wir den Uſusfruct als die älteſte römiſche Perſonalſervitut dargeſtellt[a]) und verſucht, uns ein Bild des Weges zu machen, auf welchem ſich derſelbe wahrſcheinlich im Rechte Bahn gebrochen hat. Wir haben

a) Dieſe von den meiſten Schriftſtellern getheilte Anſicht iſt freilich von G. F. Puchta [Pandekten 179, Curſus der Inſtitutionen Bd. II § 255], dem Manche gefolgt ſind, beſtritten worden, indem er den Uſus als die normale und urſprüngliche Perſonalſervitut hinſtellt, die ſpäter bis zum Uſusfruct erweitert ſei. Allein hiergegen ſpricht einmal, daß der Uſusfruct in weit ältern Quellen, wie der Uſus, genannt wird und die Lehren vom Uſusfruct überall als die urſprünglichen dargeſtellt werden, die auf den Uſus erſt ſpäter ausgedehnt ſind (vgl. § 2). Sodann iſt aber auch der von Puchta angenommene Entwicklungsgang durchaus unwahrſcheinlich, weil wir ſonſt der bewußten Fortbildung des Servitutenrechts ſchon für ſehr frühe Zeit einen großen Spielraum anweiſen müſſen. Denn iſt der Uſus in Folge ſeiner größern Verwandſchaft mit den Realſervituten vor dem Uſusfruct entſtanden, ſo hat die Wiſſenſchaft vermöge einer Abſtraction aus den einzelnen Realſervituten, nicht aber das Bedürfniß des Verkehrs, der ſich dieſes Inſtituts nie ſehr bemächtigt zu haben ſcheint,

dort auch ſchon den Zweck dieſer Rechtsbildung darin geſucht, daß einem Nichteigenthümer die Vortheile des Eigenthums zeitweilig zu Theil werden ſollen, ohne daß jedoch die Sache ſelbſt dadurch ein Theil ſeines Vermögens werden und ihrem ſeitherigen Eigenthümer gänzlich entfremdet ſein ſoll. Demgemäß bezeichneten die Römer dieſes Verhältniß auch in der Weiſe, daß ſie die beiden Richtungen hervorhoben, in welchen die Körperwelt unſer Bedürfniß zu befriedigen vermag, und es ſo **usus** nannten, weil es die Befugniß gewährt, die Sache ſelbſt unmittelbar für unſere Zwecke anzuwenden, und **fructus**, weil es uns ermächtigt, uns ihre Erzeugniſſe unterthan zu machen. So deutete auch ſchon der Name an, wie die Herrſchaft nicht die Sache ſelbſt, ſondern nur die Wirkungen derſelben treffe. Der ***ususfructus***, wie der ***usus et fructus*** in alter Weiſe contrahirt wurde, ohne dieſe Bezeichnung gänzlich zu verdrängen, wird demgemäß auch in den Quellen wiederholt definirt als das „ius alienis rebus utendi fruendi, ***salva rerum substantia***[b])[a], wo die Schlußworte nicht nur heißen, daß durch den Gebrauch die Sache nicht verbraucht werden ſoll, wie man ſie gewöhnlich auffaßt[c]), ſondern

---

daſſelbe geſchaffen, und das war um ſo ſchwieriger für die ältere Wiſſenſchaft, als bei der fortwährenden Colliſion der Rechte des Eigenthümers und des Uſuars von vorne herein eine weit detaillirtere und gründlichere Regelung dieſer Verhältniſſe nöthig war, als ſie bei den ſeither üblichen Realſervituten erforderlich geweſen ſein mochte. Nun war aber, wie wir im § 2 ausgeführt haben, der Uſusfruct ſchon allerſpäteſtens zu Ciceros Zeiten allgemein anerkannt und völlig ausgebildet, der Uſus alſo, aus dem jener hervorgegangen ſein ſoll, mußte noch weit älter ſein, und darnach die Jurisprudenz ſchon ſehr frühe zu einer großen Freiheit in der Rechtsbehandlung gelangt ſein, während dagegen manche der Ruſticalſervituten, zu denen man doch von den Wege- und Waſſerleitungsſervituten viel leichter gelangen konnte, als zum Uſus, erſt zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten zur Anerkennung gelangen mochten.

Nimmt man mit uns eine ganz ſelbſtändige und unabhängige Entſtehung des Uſusfructs an, ſo erklärt es ſich leicht, wie durch Abſchwächung deſſelben der Uſus geſchaffen werde, der ſo den Uebergang zu den ſeither ganz fremd daſtehenden Realſervituten bildete.

b) Pr. J. de usufr. II, 4; l. 1 de usufr. 7, 1.

c) Siehe die umſtändlichen Erklärungen dieſer Worte in Glücks Commentar Bd. 9. S. 159 ff.

auch wohl darauf hinweisen mögen, wie die Herrschaft über die Substanz der Sache unverändert und unberührt beim Eigenthümer verbleibt.

Von Anfang an mußte sich nun aber bei einem solchen Verhältniß die Beobachtung aufdringen, wie die Art und Weise, in welcher es von dem Berechtigten ausgebeutet wird, dasselbe gar verschieden gestalten kann, wie der Gebrauch und der Fruchtgewinn, den ein Usufructuar macht, dem ganz unähnlich sein kann, welchen der Eigenthümer der Sache wahrscheinlich davon gemacht haben würde, da jenem nicht die Sorge für die Zukunft und für möglichst lange Erhaltung der Nutzen gewährenden Eigenschaften eine Schranke auferlegt, sondern sein Interesse zu einer möglichsten Anstrengung der Nutzbarkeit und der Productionsfähigkeit der Sache für die kurze Dauer seines Rechts räth, und wie daher eine ungemilderte und ungebundene Ausübung der in dem Ususfruct enthaltenen Befugnisse meistens der Absicht der Constituenten, die ja nur gewähren wollten, was der Eigenthümer aus der Sache gezogen haben würde, gar nicht entsprechen kann. Dazu kam nun noch, daß man von Anfang an erkennen mußte, wie der Eigenthümer mit den Klagen, die ihm in Folge seines Eigenthums zustehen, nicht genügend gegen widerrechtlichen Schaden gesichert ist, sobald ein Ususfruct an der Sache besteht. Allerdings kann er nach Beendigung desselben durch Anstellung der Eigenthumsklage wieder die ausschließliche Detention der Sache erhalten, er kann ferner wegen widerrechtlicher positiver Beschädigungen, die der Usufructuar der Sache, ohne dazu durch den Ususfruct berechtigt zu sein, zugefügt hat, die Aquilische Klage[d]), beziehungsweise die *actio servi corrupti* oder die *actio iniuriarum*[e]) anstellen, auch bei eigenmächtigen Bauten auf dem im Ususfruct befindlichen Grundstück das interdictum quod vi aut clam[f]) brauchen, aber das Alles schützt noch nicht gegen den Schaden, der durch Unterlassen des Usufructuars entsteht. Solchen vermochte der Eigenthümer aber um so weniger abzuwehren, als ihm selbst für die

d) L. 13 § 2, l. 15 § 3 de usufr. 7, 1.

e) L. 66 de usufr.

f) L. 13 § 2 de usufr.

Dauer des Uſusfructs die Detention der Sache und damit die Möglichkeit, nach Belieben auf dieſelbe einzuwirken, entzogen war, er alſo z. B. kein Mittel hatte, das ſchadhafte Dach zu repariren und es daher ruhig mitanſehen mußte, wie durch den Regen ſein Haus zu Grunde gerichtet wurde, oder er das im Uſusfruct befindliche und daher vom Uſufructuar eingeſchloſſene Thier nicht gegen den Hungertod ſchützen konnte[g]). Wer daher einen Uſusfruct conſtituiren wollte und ſich das dadurch entſtehende Rechtsverhältniß im Voraus nur einiger Maaßen klar gemacht hatte, mußte alsbald gegen dieſe Mißſtände Abhülfe zu ſchaffen ſuchen, und dazu gab es kein beſſeres Mittel, als daß er dem Uſufructuar, von deſſen Perſon ſich das Recht ja damals nicht trennen ließ, eine perſönliche Verpflichtung auflegte, die Sache nur ſo benutzen, wie es die Abſicht des Conſtituenten geweſen war, d. h. alſo, wo der beſondere Fall nicht Anhaltspunkte dafür bot, daß eine beſondere Benutzungsweiſe beabſichtigt ſei, ſo, wie ein jeder ſorgſamer Eigenthümer mit ſeiner eigenen derartigen Sache verfahren werde, und ferner die Verpflichtung, alle die Handlungen vorzunehmen, welche erforderlich ſein würden, um die Sache künftig nach beendigtem Uſusfruct dem Eigenthümer in gehörigem Stande zurückerſtatten zu können. Da aber der Uſusfruct, wie im § 2 ausgeführt iſt, zuerſt nur durch teſtamentariſche Dispoſition errichtet zu ſein ſcheint, und zwar in der Weiſe, daß er jemanden als Legat vermacht wurde, der Legatar aber in älterer Zeit nicht wieder ouerirt werden durfte[h]), ſo konnte der Conſtituent nicht ſofort verfügen, der Uſufructuar ſolle hierzu verpflichtet ſein, ſondern er konnte die freiwillige Uebernahme dieſer Verpflichtung nur als die Bedingung ſeiner Dispoſition hinſtellen, und alſo etwa ſagen: Titius usumfructum habet stipulatione interposita etc.

So mochte die cautio usufructuaria zuerſt durch die Sitte bei dem durch Legat entſtandenen Uſusfruct eingeführt ſein; dieſe Sitte erkannte der Prätor dadurch an, daß er in ſeinem Edicte erklärte, er werde überall, wo ein Uſusfruct legirt ſei, die Bedingung der

g) Vgl. l. 13 § 2 de usufr.

h) Gaius II § 260 und § 271.

Cautionsleiſtung als ſelbſtverſtändlich ſuppliren[i]), und dieſe Beſtimmung wurde nicht nur auf Fideicommiſſe ausgedehnt[k]), ſondern, da man angefangen hatte, durch Geſchäfte unter Lebenden daſſelbe Inſtitut, wie es das Legatenrecht wohl zuerſt erzeugt hatte, nunmehr auch frei zu conſtituiren, und da unmittelbar durch eine in iure cessio, wodurch die Errichtung in dieſem Falle geſchah, eine Verpflichtung für den Uſufructuar nicht entſtehen konnte, und man daher die bei Legaten üblich gewordene Verpflichtungsform herübernahm, ſo wurde auch hier jene Bedingung des Errichtungsgeſchäfts ſupplirt[l]).

Die Caution, welche der Prätor forderte, mußte ein doppeltes Element enthalten, einmal mußte darin ein ordnungsmäßiger Gebrauch gelobt werden und dann die Reſtitution der Sache nach beendetem Uſusfruct. Es ſcheint aber kaum, daß der Prätor eine unwandelbare Formel für dieſe Stipulation ein für alle Mal aufgeſtellt habe, vielmehr laſſen viele Stellen, welche ſich bei Feſtſtellung der Obliegenheiten des Uſufructuars an die in der Caution gebrauchten Worte anzuſchließen ſcheinen, ſowie einzelne Stellen, welche den Inhalt der Caution wieder geben wollen, eine gewiſſe Mannigfaltigkeit in der Form erkennen, und ſo ſcheint in dem erſten Theil bald gelobt zu ſein, den Uſusfruct „arbitrio boni viri[m])“ oder „sicut vir bonus[n])“ auszuüben, bald „omnia se usurum ac si optimus pater familias uteretur[o])“ auch wohl „ceteraque se facturum, quae in re sua faceret[p])“, bald „quod nullam laesionem ex usu proprietati afferat[q])“; endlich mochte auch bei einem Uſusfruct an einem Grundſtück verſprochen werden, recte colere[r]). Für den zweiten Theil werden uns weniger mannigfache Formeln überliefert.

---

i) L. 1 pr. usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

k) L. 1 § 2 daſelbſt.

l) L. 1 § 2 daſelbſt.

m) L. 9 pr. l. 13 pr. § 6 und § 8, l. 27 § 5 de usufr. 7, 1; l. 1 pr. § 3, l. 12 usufr. quemadm. caveat. 7, 9; l. 18 § 2 de damn. inf. 39, 2.

n) L. 15 § 4 de usufr.

o) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 27; § 38 J de rer. div. II, 1.

p) L. 1 § 3 de usufr.

q) L. 4 C. de usufr 3, 33.

r) § 38 J. de rer. div. II, 1; l. 9 pr. l. 13 § 8 de usufr.

Es heißt nur, der Usufructuar solle geloben, „quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit“). An einer andern Stelle t) wird aber gesagt, daß bei einem Ususfruct an fungibeln Sachen bei der Stipulation gefragt werden müsse: „quum morieris, aut capite minueris, dari“ weil dies die beiden einzigen Fälle seien, in denen ein solcher Ususfruct erlösche, so daß es also möglich gewesen ist, daß mitunter alle Erlöschungsfälle des Ususfructs statt der allgemeinen Wendung: quum ususfructus pertinere desinet, erwähnt wurden. Ulpian berichtet uns endlich noch u), daß der Formel eine in rem concipirte clausula doli zugefügt sei, wodurch also das ganze Obligationsverhältniß den Charakter eines negotium bonae fidei annahm.

Wenn nun aber auch die Worte der Caution willkürlich gewählt waren, so ist doch allen jenen Formeln des ersten Theils gemeinsam, daß darnach die Art und Weise des Gebrauchs und das Maaß, bis zu welchem der Usufructuar gehen darf, nicht mehr allein von seinem individuellen Ermessen abhängt, sondern einer objectiven Norm unterworfen ist, die specieller als das arbitrium boni viri bezeichnet wird, und die demnach in dem gefunden werden soll, was in jener Zeit und in jenem Lande üblich ist. So wie ein verständiger Mann seine eigene derartige Sache brauchen und für ihre Unterhaltung sorgen wird, so soll auch der Usufructuar verfahren, und wenn er nicht so verfährt und die Sache dann in Schaden kommt, so ist es seine Schuld, daß er den zweiten Theil der Caution nicht befolgen und nicht restituiren kann; er haftet daher für den daraus erwachsenden Schaden.

Dies ist das Princip, welches dem Ususfruct durch die Caution zu Grunde gelegt ward; es war nun die Aufgabe der Jurisprudenz dieses zu zergliedern und in Rechtssätze aufzulösen, wie sie das

---

s) L. 1 pr. usufr. quemadm. caveat.

t) L. 7 § 1 daselbst.

u) L. 5 pr. usufr. quemadm. 7, 8: Huic stipulationi dolum malum abesse abfuturumque esse continetur; et quum in rem sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum et adoptivi patris.

tägliche Leben bedurfte. Treu ihrem ganzen Charakter bewerkſtelligte ſie dieſes nur ſelten dadurch, daß ſie abſtract gehaltene Regeln aufſtellte, die für alle Fälle des Uſusfructs anwendbar waren, und finden wir davon etwa nur folgende:

> Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest[v]),

ferner:

> Proprietatis dominus securus esse debet de proprietate[w]),

und für die eine Klaſſe von Uſusfructen noch dieſe:

> In omnibus rebus mobilibus modum eum [sc. usufructuarium] tenere debere, ne sua feritate vel saevitia sua corrumpat[x]).

Vielmehr unterſuchten die Juriſten ſofort, wie ſich der Uſusfruct an den einzelnen Sachen geſtalte, an welchen er vorzugsweiſe im römiſchen Leben verliehen zu werden pflegte, und ſo iſt uns denn eine große Fülle von Beſtimmungen über ſolche einzelne Fälle nach Art unſerer Quellen in einem bunten Durcheinander überliefert. Es wird nun unſere Aufgabe ſein, dieſelben in ſyſtematiſcher Folge wiederzugeben, und ſie auf die leitenden Geſichtspunkte zurückzuführen.

§. 51.

Berechtigung des Uſufructuars. Art des Gebrauchs.

Die Befugniſſe des Uſufructuars laſſen ſich, wie ſchon erwähnt, in zwei Klaſſen theilen, je nachdem ſie unmittelbar an der Sache ſelbſt geübt werden (*usus*) oder erſt die Erzeugniſſe derſelben ergreifen (*fructus*). Dies iſt jedoch keineswegs eine ſcharfe Scheidung, und es iſt durchaus nicht nöthig, daß ein jeder Uſusfruct beide Elemente enthalte. Denn es giebt gar viele Sachen, die, wenn wir ſie unmittelbar für unſere Zwecke verwenden, gar keine weitere Erzeugniſſe haben können, und die daher Ulpian in l. 64 de R.

---

v) L. 13 § 4 de usufr. vgl. l. 15 § 6 daſelbſt und l. 1 § 3 usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

w) L. 13 pr. de usufr.

x) L. 15 § 3 de usufr.

V. 6, 1 als „res, quae usui, non fructui sunt“, bezeichnet, und auf der andern Seite iſt es doch wieder dadurch, daß das Recht den Begriff der fructus civiles aufgeſtellt hat, möglich geworden, auch bei ſolchen Sachen ſtatt des usus den fructus zur Geltung zu bringen, indem wir die Befugniß, zu gebrauchen, nicht mehr ſelbſt üben, ſondern durch einen Andern gegen ein Entgeld üben laſſen, und ſo für unſere Perſon aus der Sache nur durch den Erwerb der Erzeugniſſe (denn als ſolches gilt der Miethzins) Nutzen ziehen[a]). Gleichwohl aber wird es für die Darſtellung von Nutzen ſein, wenn wir bei Unterſuchung des Inhalts der uſufructuariſchen Berechtigung beide Elemente ſcheiden, und zuerſt die Frage behandeln, in welcher Weiſe der Uſufructuar und die von ihm Beauftragten die Sache benutzen müſſen, und wie weit ſie darauf einwirken können, und dann zweitens [im folgenden Paragraphen] feſtſtellen, was ſie ſich von den Erzeugniſſen derſelben aneignen dürfen.

Was jene erſte Frage anbetrifft, ſo hat der Uſusfruct, wie wir geſehen haben, dem Zweck einem Nichteigenthümer zeitweilig die Vortheile des Eigenthums zu ſichern, und ſo iſt es denn auch, um ihn auszuüben mit Nothwendigkeit erforderlich, daß der Uſufructuar einſtweilen in daſſelbe factiſche Verhältniß zu der Sache trete, wie er es als Eigenthümer kraft eines unbeſchränkten Eigenthums würde fordern können, oder mit andern Worten, daß der Uſufructuar die Detention der im Uſufruct ſtehenden Sache habe. So wird ihm denn auch neben der quasi possessio iuris eine naturalis possessio der körperlichen Sache zugeſprochen[b]), und die Rechtsmittel, welche ihn in der Ausübung der Servitut ſichern, müſſen ihn auch zugleich in dieſer Detention der Sache ſchützen, ſo daß er dadurch in die

a) Der Name ususfructus wird auch in ſolchen Fällen regelmäßig beibehalten, da er dann doch immer das Recht zum usus aut fructus giebt. Weil aber das Recht auf den Fruchtbezug in dem weitern auch auf die fructus civiles ausgedehnten Sinne grade das iſt, was den Uſusfruct von der ähnlichen Bildung des Uſus unterſcheidet, ſo wird auch der Uſusfruct mitunter als „fructus“ bezeichnet, vgl. Paul. rec. sent. III, 6 § 24; l. 14 § 1 de usu 7, 8; l. 41 de usu leg. 33, 2 u. a. a. O.

b) L. 12 pr. l. 49 pr. l. 52 pr. de acq. vel amitt. poss. 41, 2.

factiſche Möglichkeit geſetzt iſt, ſtets unmittelbar ganz nach Belieben auf die Sache einzuwirken c). Thut er das nun auch in einer Weiſe, welche ſeine Nutzungsbefugniß weit überſchreitet und gradezu eine Verletzung des Rechts des Eigenthümers enthält, ſo darf dieſer ihn doch nicht mit Gewalt daran verhindern, weil derſelbe gegen den Willen des Uſufructuars durchaus nicht mehr auf den Körper der Sache einwirken darf d), ſolche Einwirkung aber in dem Gewaltakte

c) Wenn wir dem Uſufructuar ganz allgemein die Detention der körperlichen Sache zuſprechen, ſo erinnern wir daran, daß wir hier nur von dem normalen Uſusfruct, wie er ſich in Rom ausgebildet hatte, und wie er uns in den Quellen überliefert wird, zu reden haben. Werden ihm zu Gunſten des Eigenthümers Attribute entzogen, oder wird er gar zu einer einzelnen nach Art der Realſervituten eng umgrenzten Befugniß, wie das nach § 20 S. 184 ff. möglich iſt, ſo iſt er keineswegs immer mit der Detention der körperlichen Sache verbunden, und es wird erſt jedesmal nach den beſondern Vorausſetzungen des einzelnen Falls zu unterſuchen ſein, ob die Sache nach dem Willen der Conſtituenten ganz dem Servitutberechtigten anvertraut oder beim Eigenthümer zurückbleiben ſoll. Es wird ſich in der Hinſicht häufig ähnlich verhalten, wie beim Uſus, wo ſich auch eine allgemeine Regel über die Detention nicht geben läßt.

d) Pomponius ſtellt hier in einer Hinſicht einen andern Grundſatz auf. Er geſtattet nämlich in l. 16 § 1 de usu 7, 8, dem Eigenthümer das Grundſtück oder Gebäude durch einen saltuarius oder insularius gegen den Willen des Uſufructuars oder Uſuars bewachen zu laſſen. „Interest enim eius", fährt er fort „fines praedii tueri". Damit geſtattet er aber auch, daß der Wächter das im Uſusfruct ſtehende Grundſtück betreten kann; denn eine Bewachung des Grundſtücks von außen iſt, wie ſich von ſelbſt verſteht, jedem frei geſtellt, und hätte der Juriſt nur eine ſolche zugeſtehen wollen, ſo wäre ſeine ganze Bemerkung im höchſten Grade überflüſſig. Einen genügenden Grund für dieſen Eingriff in die ausſchließliche Detention des Uſufructuars vermögen wir aber nicht aufzufinden; denn daß der Eigenthümer ein Intereſſe an dem Schutz der Grenzen hat, iſt zwar wahr, aber dieſem Intereſſe wird ſchon dadurch genügt, daß dem Uſufructuar in Folge ſeiner Caution die Verpflichtung zur custodia auch in dieſer Beziehung obliegt, und im Unterlaſſungsfall von ihm Entſchädigung beanſprucht werden kann. Eine weitere Garantie wird dem Eigenthümer in allen andern Beziehungen nicht gewährt, und z. B. hat er bei einem Uſusfruct an beweglichen Sachen keinerlei Zwangsmittel, um während der Dauer des Uſufructs eine Production der uſufructuariſchen Sache zu erzwingen, und ver-

immer enthalten ſein wird, ſo daß alſo darin auch eine Störung des Uſufructuars in der ihm zuſtehenden Befugniß liegen würde. Ganz anders verhält ſich das bei den andern Servituten, wo die Detention der körperlichen Sache beim Eigenthümer verbleibt. Denn wenn ich z. B. in Folge einer Wegeſervitut einen Weg nur mit einer beſtimmten Art von Wagen benutzen darf, und nun auf demſelben Wege gegen die lex servitutis ausnahmsweiſe mit einer andern Art von Wagen fahren will, ſo kann der Beſitzer des betreffenden Grundſtücks mich gewaltſam daran verhindern, weil ich damit in ſeinen Beſitz der körperlichen Sache eingreife, und dem Servitutberechtigten wird dann weder die dingliche Klage noch das interdictum de itinere actuque privato, welches nur die ſeitherige Art und Weiſe der Ausübung ſchützt, zur Seite ſtehen[e]). Würde der Eigenthümer aber alſo dem Uſufructuar entgegen treten, ſo würde dieſer, ſo unrechtmäßig auch immer die gewaltſam geſtörte Handlung ſein möchte, ſich dagegen mit den Beſitzinterdicten ſchützen können. Dem ſcheint freilich die l. 15 § 6 de usufr.[f]) zu widerſprechen, die das Princip des eingenmächtigen Widerſtandes gegen unberechtigte Handlungen des

---

mag ſich daher auch nicht zu überzeugen, ob ſie noch vorhanden iſt, und ob der Uſufructuar ſeinen Verpflichtungen nachkommt. In Erwägung dieſer Analogieen erſcheint es uns ſehr zweifelhaft, ob der von Pomponius ausgeſprochene Satz den Beifall aller römiſchen Juriſten erlangt haben würde, und ſcheint er uns nur auf Geltung Anſpruch zu haben, weil er geſchrieben ſteht, nicht ſeiner Conſequenz und innern Richtigkeit wegen.

e) L. 4 § 1, l. 5 § 1 de itin. actuque 43, 19. Vgl. l. 1 § 15, 17 und 18 de aq. quot. 43, 20; l. 14 si serv. vindic. 8, 5.

Ueber das anſcheinend abweichende Prinzip der l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2 werden wir bei Beſprechung anderer Fragen eingehender handeln müſſen.

f) Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. De quibusdam plane dubitatur: *si eum uti prohibeat, an iure id faciat*, ut puta doliis, si forte fundi ususfructus sit legatus. Et putant quidam, et si defossa sint, uti prohibendum; idem et in seriis, et in cuppis, et in cadis et amphoris putant; idem et in specularibus, si domus ususfructus legetur. Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.

Usufructuars nicht absolut zu verwerfen scheint, sondern es nur in dem vorliegenden Fall nicht angewendet haben will. Allein in dieser Stelle wird nicht mit Nothwendigkeit vorausgesetzt, daß der Usufructuar sich schon in den Besitz der ganzen im Ususfruct befindlichen Sache gesetzt habe, sondern es ist hier wohl nur die Rede davon, wie weit der Eigenthümer die Inbesitznahme des Usufructuars dulden müsse, und wo er beginnen dürfe, sich derselben zu widersetzen. Da sagt nun eben Ulpian, die Inventarstücke des Gutes dürfe der Usufructuar der Regel nach mit in Anspruch nehmen; wenn er aber auch die benutzen wolle, an denen ihm der Ususfruct ausdrücklich untersagt sei, dürfe sich der Eigenthümer widersetzen, d. h. vorausgesetzt, daß die Detention derselben noch beim Eigenthümer oder wenigstens noch nicht beim Usufructuar ist. Ist dies aber der Fall, so wird er nur seine Eigenthumsklage auf Herausgabe der mit Unrecht vom Usufructuar in Beschlag genommenen Sachen anstellen können.

Weiter könnte man aber auch die l. 9 § 5 de damn. inf. 39, 2 anführen wollen, um dem Eigenthümer die Befugniß zum eigenmächtigen Widerstand gegen Uebergriffe des in der Ausübung befindlichen Usufructuars zu vindiciren, indem Ulpian dort sagt:

> Idem [Celsus] ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit, *a domino uti frui prohibendum.*

Allein eine eigenmächtige Vertreibung des Usufructuars durch Selbsthülfe des Eigenthümers steht zu sehr mit dem ganzen Rechtszustande und mit der ganzen staatlichen Ordnung im Widerspruch, als daß wir eine Befugniß dazu anerkennen können, wo sie nicht in ausdrücklichster Weise ausgesprochen ist, und irgend eine andere Auffassung möglich erscheint. Dafür aber, daß die obige Stelle keine Selbsthülfe gestatten, sondern nur aussprechen wollte, daß der Eigenthümer unter den dortigen Voraussetzungen ein prätorisches Gebot erzielen kann, welches dem Usufructuar die Ausübung des Usufructs entzieht, kann man sich auf die singulären Bestimmungen berufen, welche hinsichtlich baufälliger Häuser und des daraus drohenden Schadens bestehen, und welche, namentlich wenn das gefährliche Haus im Ususfruct steht, mehrfach eine außerordentliche Thätigkeit des Richters erforderlich machen. Wir werden am Schlusse des § 53 darzustellen haben, wie dem Usufructuar durch die Im-

miſſion des Prätors der Uſusfruct entzogen wird, wenn bedrohten Nachbaren auf ihr Anfordern keine cautio de damn. infecto beſtellt wird, und wie weiter der Prätor dem Eigenthümer, welcher Dritten dieſe Caution für das uſufructuariſche Haus geleiſtet hat, dadurch zu Hülfe kommt, daß er dem Uſufructuar, falls dieſer nicht den ihm gebührenden Theil der Cautionslaſt übernehmen will, die Ausübung des Uſusfructs entzieht. In gleicher Weiſe werden wir in dem Fall der l. 9 § 5 cit. annehmen müſſen, daß bei der beſondern Gefahr, welche durch die unterlaſſenen nöthigen Reparaturen und die dadurch herbeigeführte Baufälligkeit des Hauſes entſteht, der Prätor dem Eigenthümer, deſſen Intereſſen ja immer dadurch gefährdet ſind, einen außerordentlichen Rechtsſchutz gewährt, und zwar, da das ſonſt bei derartigen drohenden Schaden übliche Verfahren hier ungeeignet iſt, indem die Beſtellung einer cautio de damno infecto durch die uſufructuariſche Caution überflüſſig gemacht iſt, unmittelbar dadurch, daß er ihm die Ausübung des Uſusfructs entzieht. Auch wenn Dritte Schaden befürchten müſſen, kann es ſchließlich dahin kommen, daß dem Uſufructuar der Uſusfruct abgeſprochen wird, und die größere Härte, die darin liegt, daß der Eigenthümer Einweiſung in die unbeſchränkte Herrſchaft der Sache, ſo weit unſere Quellen reichen, ohne alle vorausgegangene Denuntiation fordern kann, und ohne daß vorher ein Dekret erlaſſen iſt, wird dadurch gerechtfertigt, daß er hier einer poſitiven, durch die uſufructuariſche Caution übernommenen Verpflichtung nicht nachgekommen iſt. Außerdem vernichtet dieſes prätoriſche Dekret, welches dem Uſufructuar den Uſusfruct wegen unterlaſſener Reparaturen entzieht, dieſen wohl nicht gänzlich, ſondern es wird dem Uſufructuar die Befugniß geblieben ſein, ihn durch Erſtattung der inzwiſchen vom Eigenthümer aufgewandten Reparaturkoſten wieder einzulöſen. Dafür ſpricht auch die Analogie des Falls, wo Dritte, denen die caut. de damno infecto auf ihr Anfordern nicht beſtellt iſt, in das Haus immittirt ſind, ohne daß an den Uſufructuar die nöthigen Denuntiationen erlaſſen ſind, und wo Letzterem die Befugniß zugeſtanden werden muß, den Uſusfruct durch Erſtattung der Reparaturkoſten wieder einzulöſen[g]). Dieſe ganze

g) Ausdrücklich ausgeſprochen wird dies freilich ebenfalls nicht, wohl aber

Auffaſſung der obigen l. 9 § 5 wird auch dadurch beſtätigt, daß Ulpian jenen Satz in unmittelbare Beziehung mit der Lehre von der cautio de damno infecto bringt, und daher das von ihm erwähnte Prohibitrungsrecht des Eigenthümers Verwandtſchaft mit dem haben muß, welches in Folge nicht beſtellter Caution entſteht. Daher iſt es alſo auch nicht durch Selbſthülfe zu realiſiren, ſondern nur durch Vermittelung des prätoriſchen Imperiums[h]).

Der Uſufructuar hat demnach die ausſchließliche Detention der körperlichen Sache, und iſt damit factiſch in den Stand geſetzt, in jeder beliebigen Weiſe auf die körperliche Sache einzuwirken, — er ſetzt ſich aber den Anſprüchen des Eigenthümers aus, wenn er dabei die Schranken überſchreitet, welche ſeiner Befugniß von vorneherein in Gemäßheit des ausgeſprochenen oder muthmaßlichen Willens der Conſtituenten geſetzt ſind, und alſo da, wo die Art und Weiſe des Gebrauchs ihm ausdrücklich vorgeſchrieben iſt, dieſen Vorſchriften zuwider handelt, wo ſolche aber fehlen, gegen die Sache ſo verfährt, wie ein diligens pater familias unter den vorhandenen Umſtänden gegen ſeine eigene Sache derſelben Art muthmaßlich nicht verfahren haben würde. Wenn ſo auf das arbitrium boni viri recurrirt wird, ſo wird damit nicht dem Uſufructuar zugemuthet, ſtets allein das Beſte der dienenden Sache unter Hintenanſetzung ſeines eigenen

---

wird dem Pfandgläubiger in l. 44 § 1 de damn. inf. ein ſolches Wiedereinlöſungsrecht zugeſtanden, und dieſe Analogie rechtfertigt die obige Entſcheidung. Vergl. die weitern Ausführungen am Schluß des § 53.

h) Zachariä von Lingenthal (Zeitſchr. für geſch. R. W. Bd. 12 S. 284) will hierin einen Fall ſehen, wo die formula prohibitoria, wie ſie nach einem wahrſcheinlich vom Anteceſſor Stephanus herſtammenden Scholium neben der formula confessoria und der formula negatoria im prätoriſchen Edict aufgeſtellt geweſen ſein ſoll, anwendbar war, allein, wie ich glaube, mit Unrecht. Denn die dort erwähnte Intention: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui, ſetzt eine auf dem Civilrecht baſirte Befugniß zur Prohibition voraus, ein ius in dem ſtrengen Sinne, wie es im prätoriſchen Edict gebraucht zu werden pflegt. Im Civilrecht werden wir aber vergebens nach einem Rechtsgrunde ſuchen, um dem Uſufructuar, falls er nicht die nöthigen Reparaturen vornimmt, die Benutzung des Uſusfructs unterſagen zu können.

Vortheils im Auge zu haben, oder auch nur mit der größtmöglichſten Sorgfalt und Einſicht auf Schonung derſelben hinzuwirken, ſondern hier, wie überall im Rechte, wo die Handlungsweiſe des bonus vir oder des diligens pater familias als Maaßſtab für die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung hingeſtellt wird, iſt es nicht das abſtract Beſte, was verlangt wird, vielmehr genügt es, da der vir bonus in den Anſchauungen ſeiner Zeit, ſeines Landes und unter Umſtänden ſeines Standes ſtehen ſoll, wenn der Uſufructuar die Handlungsweiſe einhält, welche die Sitte für derartige Sachen vorſchreibt. Da aber der Grund dieſer Beſtimmung allein in dem muthmaßlichen Willen der Conſtituenten zu ſuchen iſt, ſo fragt es ſich, ob nicht da, wo der ſeitherige Eigenthümer der Sache dieſe in einer, mit der Sitte nicht übereinſtimmender Weiſe gebraucht hat und ſolches den Conſtituenten bekannt war, wahrſcheinlich der Wille derſelben nur auf dieſe abweichende Benutzungsweiſe gerichtet war, und demnach dieſe vom Uſufructuar einzuhalten iſt, oder ob er der allgemeinen Sitte gemäß verfahren muß, oder zwiſchen beiden Möglichkeiten wählen dürfe. Eine allgemeine Regel wird ſich hierfür nicht geben laſſen, ſondern wird aus den Umſtänden der jedesmalige wahrſcheinliche Wille der Conſtituenten ermittelt werden müſſen. So beſtimmt die l. 15 § 4 et 5 de usufr., daß wenn der Uſufructuar auch der Regel nach Kleider nicht vermiethen dürfe [quia vir bonus ita non uteretur], daß doch bei Trauer- und Theaterkleidern zuläſſig ſein ſolle, auch wenn der Teſtator, welcher den Uſusfruct daran legirte, ſie nur verliehen, nicht vermiethet habe. Ulpian entſchied in dieſer Weiſe, weil es einmal allgemeine Sitte geweſen ſein wird, ſolche Kleider, die ſehr ſelten gebraucht wurden, nur anzuſchaffen, wenn man ſie auch Andern überlaſſen wollte, ferner aber ein Uſusfruct daran und namentlich an Trauerkleidern einen unendlich geringen Werth gehabt haben würde, wenn man ſie nur in den wenigen kurzen Momenten, wo man ſie ſelbſt tragen konnte, hätte brauchen dürfen [i]). Demnach ſprach die Wahrſcheinlichkeit dafür, daß der Teſtator dem Uſufructuar geſtatten wollte, ſo zu verfahren, wie die meiſten Beſitzer ſolcher Sachen verfuhren. Wäre dieſer Schau-

i) Man trug ſie nämlich nur bei dem Leichengepränge.

ſpieler geweſen, oder hätte ein Gewerbe davon gemacht, den Leichenbegängniſſen beizuwohnen, ſo hätte die Entſcheidung möglicher Weiſe anders ausfallen können. In l. 27 § 1 de usufr. wird dem Uſufructuar geſtattet, ein Haus als Laden zu verwenden, wenn ſchon der Eigenthümer es dazu verwandte, obgleich eine derartige Benutzungsweiſe regelmäßig die Befugniſſe des Uſufructuars überſchreiten würde.

Betrachten wir nun aber die Fälle näher, wo der Uſufructuar ſeine Handlungen lediglich nach dem, was Sitte iſt, abzumeſſen hat, ſo müſſen wir, um ſeine Befugniſſe abzugrenzen, unterſcheiden

1) die eigentliche Benutzung, d. h. die Handlungen, die bloß mit der Sache vorgenommen werden, weil ſie unmittelbar vortheilhaft oder angenehm ſind, und alſo ihren Zweck in ſich ſelbſt tragen [ſo das Reiten auf einem Pferd, das Wohnen in einem Hauſe] und

2) die abſichtlichen Veränderungen, d. h. die Handlungen, welche nicht ſchon ein Ausfluß und eine nothwendige Bedingung der Benutzung ſind und nicht ſchon an und für ſich Vortheil gewähren, ſondern den körperlichen Beſtand derſelben umgeſtalten, um etwa ſo die Benutzung mittelbar zu erleichtern und ergiebiger zu machen, oder um ſie in einer andern Weiſe zu ermöglichen, oder auch ohne ſolchen Zweck, lediglich als Ausfluß der Willkühr [ſo iſt das Beſchlagen eines Pferds, oder der Umbau eines Hauſes noch nicht ein an und für ſich Nutzen gewährender Akt, ſondern erſt das Benutzen des beſchlagenen Pferds, das Wohnen im neugebauten Haus gewährt Nutzen].

Zu 1. Was zunächſt die eigentliche Benutzung anbetrifft, ſo kann es nach den Anſchauungen des römiſchen Rechts für den Eigenthümer aus einem zweifachen Grunde von Wichtigkeit ſein, in welcher Weiſe der Uſufructuar ſie einrichtet; denn

a) kann davon der größere oder geringere Verbrauch der Sache abhängen, und

b) kann der Charakter der Sache dadurch beſtimmt werden und ſie, ohne grade verſchlechtert zu werden, doch ſchon dadurch allein zu einer ganz andern Art werden, daß ſie in anderer Weiſe als ſeither benutzt wird.

Zu a). Mit einer jeden Sache werden eine Reihe von Handlungen vorgenommen werden können, die in keiner Weiſe einen dauernden Einfluß auf ſie auszuüben vermögen, und der Uſufructuar wird darum auch, wie er nach dem Obigen die factiſche Möglichkeit zur Vornahme ſolcher Handlungen hat, von dem Eigenthümer nicht daran behindert oder deßhalb zur Verantwortung gezogen werden können, indem ihm ein Nachtheil in keiner Weiſe daraus entſtehen kann. Freilich werden manche derartiger Handlungen ſo ſein können, wie ſie ein bonus vir regelmäßig nicht vorzunehmen pflegt; allein da ſie auf die Sache nicht zu wirken vermögen, wird er ſie aus Rückſicht auf dieſe, wenn anders er ſonſt Luſt dazu hat, nicht unterlaſſen, und ihre Vornahme widerſpricht alſo auch nicht dem arbitrium boni viri. Sodann darf aber auch der Uſufructuar ſolche Handlungen vornehmen, welche die Sache gradezu verſchlechtern und mit der Zeit ganz abnutzen, wenn nur ohne dieſelben die Benutzung, welche die Sitte geſtattet, nicht möglich iſt. Demnach iſt er gegen jeden Anſpruch geſichert, wenn Kleider in einem ganz abgetragenen Zuſtande zurückgegeben werden, ſobald ſie nur sine dolo malo, alſo bei regelrechter Benutzung in dieſen Zuſtand gelangt ſind[k]). Dahin gehört auch, daß der Uſufruktuar den Sklaven züchtigen darf[l]), weil man annahm, daß er ſonſt ſein Recht auf die Arbeit des Sklaven nicht gehörig realiſiren könne; aber dieſe Befugniß hat er nur, um den Sklaven ſo weit zum Gehorſam anzutreiben, als es für ſeine, des Uſufructuars, Zwecke nöthig iſt, und dazu bedarf er nicht ſolcher Strafen, die den Sklaven dauernd mit Narben entſtellen, oder der für die Geſundheit ſchädlichen Tortur, die ihm deßhalb unterſagt waren[m]); und mit um ſo größerem Rechte, als das eigentliche Strafrecht, ſo weit es begangenes Unrecht ſühnen ſollte, ihm gar nicht zuſtand, ſondern Ausfluß der dominica potestas war[n]).

---

k) L. 9 § 3 usufr. quemadm. cav. 7, 9.

l) L. 23 § 1 de usufr.

m) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 23; l. 17 § 1, l. 23 § 1, l. 66 de usufr.

n) Damit hängt die dem Uſufruktuar gegen den Herrn zuſtehende Noxalklage zuſammen, vgl. § 7 S. 68 ff.

Bei der Frage, ob eine Benutzungsweise die Sache mehr verschlechtere, wie die durch die Sitte gebotene, steht das Recht nicht bloß darauf, ob der Körper derselben dadurch verändert wird, sondern es zieht auch in Berücksichtigung, ob nicht der Gebrauch, welcher von einer Sache gemacht wird, dieser auch in den Augen des verständigen Mannes einen Makel anhängt, der den Eigenthümer bei der spätern eigenen Benutzung stören oder gar den Werth der Sache mindern kann. Das spricht Ulpian bei Gelegenheit der Frage, ob der Usufructuar ein Haus als Laden vermiethen dürfe, also aus°).

illud solum observandum, ne vel abutatur usufructuarius, vel *contumeliose iniurioseve utatur* usufructu.

In welchen Fällen eine solche dauernde Schmach gleichsam der Sache selbst angehängt wird, darüber wird wieder nur das arbitrium boni viri in dem oben bestimmten Sinne entscheiden können, dies Urtheil aber nach Zeit und Ort ganz verschieden ausfallen. Daß dies bei uns in viel seltnern Fällen angenommen werden wird, wie in dem abergläubischen Rom, ist eine nothwendige Folge unsers ganz veränderten Bildungsstandes; daß aber auch jetzt noch jene Regel anwendbar sein kann, wird nicht geleugnet werden dürfen, wenn man sich unbefangen in den Volksgeist versetzen wird, und sich z. B. einen Fall denkt, wo der Usufructuar das Stammhaus einer Familie zu einem öffentlichen Hause im bösen Sinne des Worts machen will°). Hiermit scheinen auch zum Theil die Bestimmungen in Zusammenhang zu stehen, welche Ulpian in l. 13 § 8 de usufr. über die Benutzung eines Hauses giebt. Darnach soll der Usufructuar es nicht zu einer gewöhnlichen Herberge [meritoria, quae vulgo deversoria appellant] machen, oder als Walkerwerkstätte vermiethen, oder das Privatbad im Innern des Hauses als ein öffentliches benutzen lassen, u. s. w. Häufig wird allerdings eine derartige Verwendung des Hauses eine größere Abnutzung herbeiführen; allein das läßt sich

o) L. 27 § 1 de usufr.

p) In den ἐπαρχικοὶ des Architekten Julian in *Harmenopuli* Manuale legum II, 4 § 27 wird erwähnt, daß ein Haus auch von seinem Eigenthümer nicht zu einem ἐναρχεῖον gemacht werden dürfe, weil das zur Schande des gegenüberliegenden Hauses diene.

doch keineswegs für alle dieſe Fälle annehmen, und das Bewohnen einer Stube durch eine große Familie kann ihr eben ſo viel ſchaden, wie die Verwendung als Werkſtatt. Vielmehr mag der Umſtand bei der Entſcheidung Ulpians mitgewirkt haben, daß durch eine derartige Benutzung das Haus jedem, der eintreten wollte, offen ſtand, und daß dies als eine Profanirung der Heiligkeit des Hauſes erſcheinen mochte, die in der ältern Zeit eine ſo große Bedeutung hatte. Darauf weiſt auch hin, daß die Errichtung eines öffentlichen Bades gerade in intima parte domus unterſagt wird.

Zu b). Eine Aenderung der Beſchaffenheit der Sache ſchon unmittelbar in Folge einer Aenderung in der Benutzungsweiſe nimmt das Recht hinſichtlich der Sklaven an[q]), und ſo erſcheint der Schauſpieler Stichus als eine ganz andere Art von Sache, wie der Badediener Stichus, trotzdem daß der Körper deſſelben doch ganz unverändert bleibt[r]). Dieſer Auffaſſung liegt der Gedanke zu Grunde,

---

q) Man könnte hierher auch die eben beſprochenen Beſtimmungen über die Benutzung eines Hauſes beziehen wollen und ſagen, daß das römiſche Recht auch in der Aenderung der Benutzungsweiſe eines Hauſes eine Aenderung ſeines ganzen Charakters geſehen und dieſe darum dem Uſufructuar unterſagt habe. Für dieſe Meinung könnte auch die l. 12 pr. quib. mod. usufr. benutzt werden, worin Ulpian entſcheidet, daß der Uſusfruct erloſchen ſei, wenn er an einem Bade legirt und dieſes vom Teſtator zu einer Wohnung gemacht ſei, oder an einer taberna, wenn dieſes zu einem Wohnzimmer (diaeta) geworden. Allein hier wird nicht geſagt, daß nur eine Veränderung in der Benutzung eingetreten ſei, ſondern ehe aus einer offenen taberna eine diaeta, oder aus einem Bade ein Wohnhaus wird, iſt eine förmliche Umgeſtaltung der dienenden Sache nöthig, die dieſer allerdings einen andern Charakter zu geben und darum auch den Uſusfruct aufzuheben vermag. Demnach läßt ſich aus der l. 12 die erwähnte Auffaſſung nicht rechtfertigen; gegen dieſelbe ſpricht aber, daß nirgends geſagt wird, der Uſufructuar müſſe ein ſeither als Laden u. ſ. w. benutztes Haus wieder nur zu dieſem Zwecke brauchen, und daß es vielmehr in l. 27 § 1 de usufr. als eine beſondere, ihm für ſolchen Fall ertheilte Erlaubniß (permittitur ei) angeſehen wird, das Haus auch in Zukunft ſo zu benutzen. Verhielte ſich die Sache anders, ſo müßte doch, wenn er ein ſolches Haus nun als Wohnung brauchte, das ebenſo gut den Charakter deſſelben ändern, und alſo den Uſusfruct aufheben.

r) Arg. leg. 12 § 1 quib. mod. usufr. 7, 4.

daß der Sklave durch die fremdartigen Geſchäfte für ſeine eigentliche Beſtimmung weniger brauchbar werde und, wenn er auch durch die neu erlernte Kunſt einen viel höhern Marktwerth erhalten könne, er doch dem Dienſte, welcher ihm ſeither im Hauſe ſeines Herrn oblag, nicht mehr werde vorſtehen können[s]. Eine Aenderung in der Benutzungsweiſe gilt daher als eine willkürliche Aenderung in dem körperlichen Beſtande der Sache und unterliegt denſelben Regeln, wie dieſe, ſo daß wir beide in der folgenden Darſtellung verbinden können.

Zu 2. Bei Unterſuchung der Frage, welche Veränderungen der Sache dem Uſufructuar erlaubt ſind, können wir von vorne herein eine Klaſſe von Handlungen gänzlich ausſcheiden, nämlich die, wodurch die im Uſusfruct befindliche Sache verſchlechtert, d. h. der Marktwerth derſelben gemindert wird, indem jede willkürliche Vornahme einer ſolchen Handlung dem Uſufructuar durchaus unterſagt iſt[t]. Demgemäß darf er die Sklaven nicht verſtümmeln[u]), nicht da Fruchtbäume umhauen, wo das Intereſſe des dienenden Grundſtücks ſolches durchaus nicht erheiſcht, nicht die Gebäude niederreißen, nicht Bergwerke anlegen, welche die Luft verpeſten[v]).

Dagegen iſt er zu allen Handlungen berechtigt, welche dahin zielen, die ihm überlaſſene Sache wieder in den Zuſtand zu ſetzen, in welchem ſie ſich bei Beginn des Uſusfructs befand, und ſelbſt wohl, wenn dies auch nicht ausdrücklich geſagt wird, in den, welchen ſie einnahm, als ſie innerhalb der ganzen Zeit, wo ſie dieſer Art angehörte, den höchſten Grad der Vollkommenheit erreicht hatte, — mit andern Worten, er kann jede Reparatur vornehmen. Dahin gehört z. B. nicht, daß er ein Laſtſchiff, welches früher ein Luſtſchiff war, wieder zu letzterem machen darf; denn ſeitdem das Schiff ſeiner jetzigen Art angehört, war es nur Laſtſchiff, und der Uſufructuar darf daher auf Grund der obigen Regel nur den Zuſtand wieder herſtellen, welchen es als ſolches einnahm. Davon abgeſehen darf er nicht nur die in

---

s) Arg. leg. 17 § 1 de usufr.

t) L. 13 § 4 de usufr.

u) Vgl. Anm. l.

v) L. 13 § 4 und § 6 de usufr.

regelmäßigen Zeitfristen überall erforderlichen Reparaturen ausführen, deren Vornahme, wie § 53 zu zeigen ist, ihm schon als eine Pflicht obliegt[w]), sondern er wird auch einzelne außerordentliche Bauten und Ausbesserungen, welche durch besondere Unglücksfälle oder in Folge des Alters der Sache nöthig-werden, zu diesem Zwecke vornehmen können, da allgemein ausgesprochen wird, er dürfe schützen, was er erhalten habe[x]), und an einer andern Stelle dem Eigenthümer die Verpflichtung auferlegt wird, ihm alle außerordentlichen Verwendungen zu ersetzen, die er nicht hätte zu machen brauchen[y]), darin also auch anerkannt wird, daß er berechtigt ist, selbst da Verwendungen zu machen, wo er nicht mehr verpflichtet ist, wobei denn, da er sonstige Veränderungen, wie unten zu zeigen ist, nur in beschränktem Maaße machen darf, besonders an größere Reparaturen gedacht sein muß.

Die Befugniß des Usufructuars zum Repariren ist aber in so fern beschränkt, als er zu diesem Zwecke die dienende Sache auch nicht vorübergehend ganz auflösen darf, um sie etwa aus demselben Material von Grund aus wiederherzustellen, indem im Momente, wo die Sache in ihrer Art zu existiren aufgehört hat, die Servitut erloschen ist und das dann vorhandene Material durchaus frei vom Ususfructe ist. Reißt deßhalb z. B. der Usufructuar ein Haus ganz nieder, so hat er kein Recht mehr auf die Baustelle und auch nicht mehr auf das dort von ihm ganz in der alten Form und aus dem vorhandenen Material gebaute Haus[z]). Ob sich dies nicht an beweglichen Sachen anders gestalte, und z. B. an dem Schiffe, welches durch den Usufructuar aus dem Material des früheren gebaut ist, ein neuer Ususfruct entsteht, wird davon abhängen, ob eine Servitut überhaupt durch Occupation erworben werden kann, indem der Usufructuar, wenn er in solchem Falle im guten Glauben verfährt, eine Specification mit den in seiner Detention befindlichen Balken

w) § 38 J. de rer. div. II, 1; l. 18, l. 7 § 2 und § 3 de usufr.; l. 18 de damn. inf. 39, 2; l. 7 C. de usufr. 3, 33.

x) L. 44 de usufr.

y) L. 7 C. de usufr. 3, 33.

z) L 10 § 1 und arg. § 7 quib. mod. usufr.

und andern Materialien des Eigenthümers vornimmt, aber nicht um für ſich das Eigenthum derſelben zu erwerben, ſondern, während daſſelbe ſeiner Abſicht nach dem ſeitherigen Eigenthümer zufallen ſoll, um an den neuen Gegenſtand für ſich den Uſusfruct zu erhalten [aa]). Auf dieſe Frage können wir erſt unten in der Lehre von der Entſtehung der Servituten eingehen. Wie dem aber auch ſei, ſo verpflichtet ſich der Uſufructuar durch eine Reparatur, und auch durch eine ſolche, welche die Sache temporär vernichtet, wenn er ſie nur in gehöriger Weiſe zu Ende führt, dem Eigenthümer gegenüber niemals zu Entſchädigungen u. ſ. w., da er dieſem dadurch ja keinen Schaden zufügt, ſondern er kann dadurch nur ſelbſt Veranlaſſung zum Untergang des Uſusfructs werden.

Es bleibt uns noch übrig, die willkürlichen Veränderungen zu beſprechen, welche weder als Verſchlechterungen noch als Reparaturen erſcheinen, ſondern die Sache entweder in anderer Weiſe, als ſie je geweſen, verbeſſern, oder ſie weder verbeſſern, noch verſchlechtern, ſondern ſie nur verändern. Für dieſe ſtellt das römiſche Recht den Grundſatz auf, daß ſie dem Uſufructuar geſtattet ſind, ſobald die Sache dadurch nach den Anſichten des Verkehrs *ihrer Art nicht entzogen wird* [bb]), oder mit andern Worten, ſobald die Sache nach dieſer Veränderung ganz in der ſeitherigen Weiſe und ganz zu denſelben Zwecken benutzt werden kann, wie vor derſelben, ſo daß dem, welcher unbefangen und ohne Berückſichtigung eigenthümlicher ſeltener Liebhabereien, aber doch mit der Anhänglichkeit an das Alte und Herkömmliche, welche ſich bei den meiſten

---

aa) Die Ausſprüche *Ulpians* in l. 10 § 5—7. wonach der Uſusfruct an einem umgebauten Schiffe oder umgegoſſenen Gefäße nicht fortbeſtehe, können hier nicht benutzt werden, weil, wie die in den erſten Paragraphen der Stelle entſchiedenen Fälle beweiſen, *Ulpian* vorausſetzt, daß ſchon der Teſtator, welcher den Uſusfruct conſtituirte, die Specification vorgenommen hat, nicht aber der Uſufructuar ſelbſt, wie wir im Text vorausſetzten.

bb) Daß auch *Ulpian* bei Aufſtellung der allgemeinen Regel: **Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest**, in l. 13 § 4 de usufr. für den letzten Theil derſelben dieſe Beſchränkung ebenfalls im Sinne hatte, zeigen die unmittelbar darauf behandelten Beiſpiele.

Leuten in den Verhältniſſen des Eigenthümers findet, alſo als vir bonus die Sache betrachtet, der neue Zuſtand nicht ſo ſtörend und unbequem ſein kann, daß er die Wiederherſtellung des alten Zuſtands ſelbſt mit eigenen Opfern erkaufen möchte. Wo die Aufwendung dieſer unter den gegebenen Verhältniſſen auch den Beifall eines diligens pater familias finden würde, da darf der Eigenthümer vom Uſufructuar Leiſtung der zur Herſtellung nöthigen Summen verlangen; wo aber ein verſtändiger Sinn in der Verwendung von Geld oder Arbeitskräften für die Wiederherſtellung des vom Uſufructuar aufgehobenen Zuſtands nur eine eigenſinnige That ſehen würde, ſoll der Uſufructuar ſolchen Anforderungen des Unverſtandes und der Laune nicht ausgeſetzt ſein. Dies möchte die Summe der mannigfachen hierüber in den Quellen gegebenen Regeln ſein, die freilich, ſeitdem Gerhard Noodt auf die Schwierigkeit hingewieſen hat, dieſelben auf ein gemeinſames Princip zurückzuführen, mancher verſchiedenartigen Erklärung unterzogen worden ſind, und zu mancher Controverſe Veranlaſſung gegeben haben[cc]). Die ſtrenge logiſche Conſequenz fehlt anſcheinend auch häufig dieſer Lehre; berückſichtigt man aber, daß ſich die Jurisprudenz hier nur die Aufgabe geſtellt hat, den Anſchauungen, wie ſie einmal im Verkehr leben, gerecht zu werden, ſo wird man die feine Beobachtungsgabe der römiſchen Juriſten bewundern müſſen, die es hier aufgab, lediglich mit Analogieen und Deductionen zu operiren, und die viel mehr auf den Markt und in die Häuſer gegangen zu ſein ſcheint, um ſelbſt zu ſehen und zu hören. Die einzelnen in den Quellen enthaltenen Rechtsſätze, aus denen wir obiges Princip deducirten, ſind folgende:

Iſt ein Luſtgarten (praedium voluptuare) Gegenſtand des Uſusfructs geworden, ſo darf der Uſufructuar nicht die Raſenplätze aufbrechen und die Alleen umſchlagen, um etwa ſtatt der unfruchtbaren Bäume, die nur um Schatten zu geben da ſtanden, Oelbäume zu pflanzen oder ſonſtige einträglichere Anlagen zu machen[dd]), [denn

cc) Vgl. die Litteraturnachweiſungen in Madai, Beiträge zur Dogmengeſchichte, Riga 1839, S. 92—138, und in dem Aufſatze von Keil, über das Diſpoſitionsrecht des Uſufructuars im Archiv für civ. Praxis Bd. 35, S. 358—401. 1852.

dd) L. 13 § 4 de usufr 7, 1.

ein Luſtgarten und ein nur zum Fruchtertrag beſtimmtes Grundſtück ſind durchaus verſchiedene Arten und gewähren einen ganz verſchiedenen Nutzen, ſo daß dem Eigenthümer, trotzdem daß er den einen hat, doch noch der andere ein Bedürfniß ſein kann, welches er nun auf andere Weiſe und mit Koſten befriedigen muß]. Ferner darf der Uſufructuar, wenn er den Uſusfruct an einem ſeither leer ſtehenden Platz (area) hat, dort nicht ein Gebäude aufführen[ee]), wohl aber auf einem kleinen Theil deſſelben eine Hütte für einen Wächter errichten, welcher die Sachen, zu deren Aufbewahrungsort der Platz dient, bewachen ſoll[ff]) [denn ein leerer Platz und ein Haus werden zu ganz verſchiedenen Dingen benutzt, — erſterer aber, der wohl von einem fruchttragenden Grundſtück (fundus) zu ſcheiden iſt, wird regelmäßig nur als Niederlage Nutzen gewähren können, und dazu wird er nur geeigneter, wenn er größere Sicherheit gewährt; die kleine Fläche, welche dieſem Zwecke durch die Hütte entzogen wird, wird meiſten Theils jenem Vortheil gegenüber nicht in Betracht kommen]. Selbſt ein noch nicht vollendetes Haus darf der Uſufructuar nicht fortbauen, wenn es ihm nicht ausdrücklich geſtattet iſt, und ſollte darüber auch ſein Uſusfruct ganz untergehen, weil ihm das unfertige Haus keinen Vortheil gewähren kann[gg]). Er darf auch keinen Anbau an das Haus machen[hh]), die Lage der Zimmer nicht umformen, nicht neue Thüren brechen oder die alten verlegen, keine geheime Gänge eröffnen, keine Röhrenleitungen in den Wänden des Hauſes einrichten, daſſelbe nicht höher bauen u. ſ. w.[ii]) [kurzum keine Aenderungen in dem Plan des Hauſes machen, da dieſer es grade iſt, der dem Hauſe den beſtimmten individuellen Charakter giebt, und mit dem das Familienleben häufig verwachſen iſt, ſo daß jede Aenderung, auch wenn ſie noch ſo viele Bequemlichkeiten bietet, nicht nur viele liebe Erinnerungen verletzen, ſondern auch eine Umgeſtaltung der ſämmtlichen Einrichtungen fordern kann, die keines-

ee) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 21.
ff) L. 73 de usufr.
gg) L. 61 de usufr.
hh) L. 7 § 3 und l. 8 de usufr.
ii) L. 13 § 7, l. 61 de usufr.

wegs immer erwünſcht ſein wird, und am wenigſten, wenn ſie dem Eigenthümer wider ſeinen Willen aufgedrungen wird]. Dagegen darf der Uſufructuar das Haus mit den üblichen Verzierungen verſehen, namentlich es neu anſtreichen laſſen, mit Gemälden, Statuen und ſonſtigen Sculpturen ſchmücken, auch neue Wandbekleidungen und Eſtriche anbringen laſſen[kk]) [denn wie ſollte dadurch die ſeitherige Benutzungsweiſe gehindert werden?], aber dies doch nur da, wo nicht ſeither ganz rohe Wände waren[ll]) [denn da würde ſolches Zierrath dem ganzen Charakter des Hauſes und ſeiner Beſtimmung nicht entſprechen und in ſeiner Vereinzelung den Contraſt mit der Umgebung nur greller hervortreten laſſen].

Eine viel freiere Befugniß wird dem Uſufructuar hinſichtlich eines Grundſtücks zugeſprochen, welches zum Fruchtertrag beſtimmt iſt [fundus]. Davon handelt Ulpian in der ſehr oft beſprochenen und viel commentirten l. 13 § 5 und § 6 de usufr[mm]). Darnach darf er den hauptſächlichſten Zweck des Grundſtücks, die Agricultur, nicht dadurch vereiteln, daß er induſtrielle Anlagen macht und dabei nicht mal ſo viel Land für den Ackerbau zurückläßt, als zu einer gehörigen Bewirthſchaftung erfordert wird, wie ſie dem Grundcharakter des betreffenden Guts entſpricht [agri pars necessaria — darum

kk) L. 7 § 3, l. 13 § 7 de usufr.

ll) L. 44 de usufr.

mm) § 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidiciarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec delicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. § 6. Si tamen quae instituit usufructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitratu frui; sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.

z. B. bei einem großen Landgut nicht ſo viel, daß ein gehöriger Felderwechſel ſtattfinden und ein entſprechender Viehſtand erhalten werden kann]. Ebenſo darf er dort nicht Gebäude aufrichten, die außer allen Zuſammenhang mit dem auf Gewinn gerichteten Zweck des Grundſtücks ſtehen; wohl aber ſolche, die dieſen befördern, indem ſie einen Aufbewahrungsort für die Früchte gewähren. Bewahrt er alſo nur den Grundcharakter des Grundſtücks, ſo kann er neben der dadurch gebotenen Haupterwerbsquelle noch jede Art von vortheilhaften Nebenquellen eröffnen, wie denn namentlich jede Art von Bergwerken, Steinbrüchen u. ſ. w. anlegen, und das darf er nicht nur an den ganz unfruchtbaren Stellen thun, ſondern auch da, wo ſeither Weinberge, Baumgärten u. ſ. w. waren, die er zu dieſem Zwecke gänzlich beſeitigen kann[nn]). Verſchlechtern darf er natürlich das Grundſtück dadurch nicht. [Das Recht geht alſo von der gewiß richtigen Beobachtung aus, daß da, wo es darauf ankommt, Gewinn zu erzielen, bei den meiſten Menſchen die Anhänglichkeit an den ſeitherigen Zuſtand und das Beſtreben, die eigene Sache in der gewohnten Weiſe zu erhalten, zurücktritt, ſobald auf einem andern Wege ein größerer Gewinn erzielt werden kann, oder daß er wenigſtens, wie das ſchon im Intereſſe des Volkswohlſtandes liegt, bei einem bonus vir zurücktreten ſollte. Daß ſich jemand lieber in dem engen Hauſe, wie die Vorfahren es hatten, behilft, als in den neuen, weiten und bequemen Räumen wohnt, wo er ſich fremd fühlt, iſt eine in ſich durchaus berechtigte Erſcheinung, da das Wohnhaus vor Allem die Eigenſchaft haben muß, die wir als Wöhnlichkeit bezeichnen, und für die nicht allgemeine Regeln gegeben werden können, ſondern

nn) Ich nehme alſo mit von Bangerow (Leitfaden § 344 Anm. 2), Keil (a. a. O. S. 400) und Andern an, daß die am Schluß des § 5 erwähnten Weinberge, Oelgärten u. ſ. w. nur Theile des größern Landguts ſind, nicht aber, daß bei einem Uſusfruct an einem ſelbſtändigen Weinberg, der Uſufructuar dieſen ganz und gar in ein Bergwerk umwandeln dürfe. Denn damit wäre die erwähnte Beſchränkung, wonach agri necessaria pars nicht dadurch occupirt werden darf, ganz unvereinbar. Wegen Widerlegung der verſchiedenen andern Erklärungsverſuche wird es genügend ſein, auf Hagemeiſters Aufſatz in Hugos civil. Magazin Bd. III, 13 und auf Keil a. a. O. zu verweiſen.

die ſich nach dem individuellen Gefühl des Einzelnen richten. Wollte aber jemand mit Unkoſten die Benutzungsweiſe eines zum Gewinn beſtimmten Gutes ſo einrichten, daß ſie weniger einbringt, wie ſeither, bloß und allein, weil ſie früher mal in dieſer Weiſe geweſen iſt, ſo wird jedermann darin einen unberechtigten Eigenſinn erkennen, und dieſem will das Recht keinen Vorſchub leiſten]. Durch die Form, in welcher ein Grundſtück bewirthſchaftet wird, kann aber mitunter die ganze Lebensſtellung und die Beſchäftigung des Innehabers deſſelben beſtimmt werden; es wäre unbillig, wenn ſo der Weinbauer, der ſeiner ganzen Lebensrichtung nach auf dies Geſchäft hingewieſen iſt, durch den Uſufructuar genöthigt werden könnte, ſich von nun an nur auf den Bergbau zu legen. Auch wenn dadurch der Sachverſtändige größeren Gewinn machen könnte, wird das ihm, dem Ungeübten, vielleicht unmöglich ſein. Dagegen ſtellt nun das Recht die Schranke auf, daß das Gut im Ganzen immer ſeinen Charakter behalten muß, und nur die Verwaltung im Einzelnen geändert werden darf; daneben hilft es ſich ferner noch nach jener l. 13 § 6 durch folgende Beſtimmung: Der Uſufructuar muß bei ſeinen Aenderungen das Intereſſe des Eigenthümers in ſo fern im Auge behalten, als er nicht ſolche Einrichtungen machen darf, die von jenem nach ſeinen beſondern Umſtänden gar nicht benutzt werden können, indem ſie z. B. einen Apparat erfordern, wie er ihn nicht anzuſchaffen oder zu handhaben vermag.

Hinſichtlich des Uſufructs an Sklaven oo) wird geſagt, daß der Uſufructuar einen Schauſpieler nicht zum Badediener, einen Muſiker nicht zum Thürhüter, einen Vorleſer nicht zum Sackträger machen dürfe pp), wohl aber darf er den, der ſeither für keinen beſondern Dienſt ausgebildet iſt [cuius quasi vacuo ministerio utebatur], in irgend einer Kunſt unterrichten laſſen und zur Ausübung derſelben benutzen qq). [Derſelbe beſaß ja nur rohe Arbeitskraft, und die verliert er nicht dadurch, daß er einen beſtimmten Dienſt erlernt, er bleibt alſo in ſo fern ganz in ſeiner Art. Welche Dienſte mit

oo) Vgl. oben S. 465 f. zu 1, b.
pp) L. 15 § 1, l. 17 § 1 de usufr.
qq) L. 27 § 2 de usufr.

einander unverträglich ſind, weil die Ausübung des einen den Sklaven für den andern weniger brauchbar macht, das zu ermitteln, bedurfte es genauer Kenntniß des häuslichen Lebens].

Wir haben oben geſagt, dem Uſufructuar ſeien nur die Handlungen abſolut verboten, welche die Sache verſchlechtern; ſonſtige Aenderungen ſeien nur erlaubt, wenn ſie die Sache ihrer Art nicht entzögen. In den von uns dafür angeführten Quellenſtellen wird aber immer nur von ſolchen Aenderungen geſprochen, welche die Sache verbeſſern, es bleibt uns alſo noch übrig den Beweis für die Zuläſſigkeit der Aenderungen zu führen, welche die Sache weder verbeſſern noch verſchlechtern, wie ſie, wenn ſie auch ſelten vorkommen, doch möglich ſind. Die Geſetze ſchweigen unſers Wiſſens darüber. Allein da ja vorausgeſetzt wird, daß ſie dem Eigenthümer in keiner Weiſe ſchaden und ſelbſt nicht einmal das Affectionsintereſſe deſſelben, ſoweit das Recht hier auf daſſelbe Rückſicht nimmt, verletzen, ſo wird es ſchon an jeder Klage fehlen, um den Uſufructuar daran zu verhindern oder nachträglich irgend welchen Anſpruch an ihn deßhalb zu erheben, und ſolche Aenderungen werden daher ebenſo geſtattet ſein, wie die, welche die Sache verbeſſern.

Das führt uns denn zu der Lehre von den Rechtsmitteln, mit denen ſich der Eigenthümer gegen Uebergriffe des Uſufructuars ſichern kann, die wir noch zum Schluß dieſes Paragraphen beſprechen müſſen. Schon nach allgemeinen Grundſätzen ſtehen ihm bei Beſchädigungen der Sache durch den Uſufructuar die actio legis Aquiliae und die ihr nachgebildeten Klagen zu[rr]), wogegen dann exceptionsweiſe geltend gemacht werden kann, daß die fragliche Handlung, welche die Sache beſchädigte, ein Ausfluß der uſufructuariſchen Berechtigung geweſen ſei. Lößte der Uſufructuar unberechtigter Weiſe Theile der Sache loß, um ſie ſich anzueignen, ſo kann die actio furti gegen ihn erhoben werden.

Daneben erzeugte nun noch die vom Uſufructuar geſtellte Caution eine actio ex stipulatu, oder wie Ulpian ſie in l. 13 § 1 de usufr. nennt, eine actio de usufructu. Wenn dieſe auch ausſchließlich erforderlich iſt, um den Uſufructuar zur Entſchädigung wegen aller

rr) L. 13 § 2, l. 66 de usufr.

durch ſein Nichtthun entſtandenen Schäden anzuhalten[ss]), ſo gewährt ſie daneben jedoch auch da, wo es ſich um poſitive Beſchädigungen handelte, im Vergleich zu den oben genannten Klagen einige Vortheile. Zwar hatten dieſe den Vorzug, daß ſie zu einer höheren Schätzung des Schadens führten, da ſie nicht nur reiperſecutoriſch, ſondern Strafklagen waren; allein der Schaden wurde vom Eigenthümer erſt gefühlt, wenn er die verſchlechterte Sache zurückerhielt, alſo nach Beendigung des Uſusfructs, und alſo fehlten bis dahin auch wohl die Vorausſetzungen jener Klagen, während man dagegen aus der Stipulation, wie Ulpian ſagt, aus Nützlichkeitsgründen alsbald eine Klage zuließ[tt]). Ein weiterer Vorzug derſelben war, daß ſie nicht bloß auf Erſatz des bereits angerichteten Schadens ging, ſondern auch Regelung der Ausübung für die Zukunft verlangen konnte[uu]). Sollte das aber einen nachhaltigen Vortheil für den Eigenthümer gewähren, ſo durfte das arbitrium iudicis ſich nicht damit begnügen, bloß die Art und Weiſe der Benutzung vorzuſchreiben, ſondern es mußte dem Uſufructuar die Leiſtung einer neuen Caution auferlegen, des Inhalts, daß er die Sache grade in der und der beſtimmten Weiſe, wie ſie im Arbitrium vorgeſchrieben werde, benutzen und alſo die und die Handlungen unterlaſſen oder die und die vornehmen wolle. Denn war einmal über die Auslegung der erſten allgemeingehaltenen cautio usufructuaria Streit entſtanden, ſo vermochte das Arbitrium ohne jenes Hülfsmittel einer neuen detaillirteren Caution denſelben nicht dauernd zu ſchlichten, da ſeine Wirkſamkeit ja durch die Vorſchriften über die Proceßverjährung in enge Schranken gewieſen war, und es, wenn nicht vor Ablauf von anderthalb Jahren ſeit Beginn des iudicium legitimum, oder vor

---

ss) L. 13 § 2 de usufr.

tt) L. 1 § 5 usufr. quemadm. caveat. 7, 8. Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non boni viri arbitratu utatur, committatur stipulatio statim, nec expectabimus, ut amittatur ususfructus.

uu) L. 13 § 1 de usufr. Quum igitur de usufructu agitur, non solum, quod factum est, arbitratur, sed etiam in futurum, quemadmodum uti frui debet. Vgl. § 2 daſelbſt.

Beendigung der Jurisdiction des instruirenden Magistrats beim iudicium imperio continens zur Condemnation oder Absolution gekommen war, gänzlich nichtig und unwirksam wurde[vv]). Also nur wenn innerhalb dieser Zeit vom Usufructuar gegen das Arbitrium verfahren wäre, hätte es alsbald zur Condemnation kommen können; nach Ablauf derselben hätte jedesmal wieder eine ganz neue Klage erhoben werden müssen, und es hätte von dem Schicksal dieses neuen Processes abgehangen, wie die Ausübung des Ususfructs für die folgende Periode geregelt werde. Deßhalb sind wir wohl zu dem Schlusse ermächtigt, daß hier wie bei den andern Klagen, welche ein Verhältniß auch für die Zukunft regelu sollen[ww]), der Richter zur Auflegung einer Kaution ermächtigtigt war, welche über die Dauer seiner Amtsgewalt Wirksamkeit zu haben vermochte, und daß die Verweigerung dieser Kaution als Verletzung des Arbitriums erschien und demnach die Condemnation herbeiführen konnte[xx]).

Ein letzter Vorzug der actio ex stipulatu vor der Aquilischen und der ihr nachgebildeten Klagen besteht darin, daß diese ein wirkliches damnum der Sache, eine Verschlechterung derselben, zur nothwendigen Voraussetzung haben, wie sich das darin manifestiren muß, daß sie bei ihrer Schätzung durch die öffentliche Meinung mit dem allgemeinen Werthmesser, dem Gelde, geringer angesetzt wird, wie früher, oder mit andern Worten, daß sie in Folge der Veränderung einen niedriegeren Marktwerth erhalten hat[yy]); die actio ex stipulatu aber auch da anwendbar sein muß, wo der Usufructuar unrechtmäßiger Weise Veränderungen vorgenommen hat, welche die Sache durchaus nicht verschlechtert oder welche gar ihren Marktwerth gradezu erhöht haben. Dies wird in den Quellen freilich nirgends ausdrücklich gesagt, indem dort überhaupt nicht davon gesprochen wird, worauf diese Klage gerichtet ist; allein da so weitläuftig darüber gehandelt wird, in welchen Fällen dem Usufructuar Verbesserungen gestattet sind, in welchen Fällen nicht, so muß dort von der Voraus-

---

vv) Vgl. Keller, römischer Civilproceß § 45 und § 70.

ww) L. 7 si serv. vind. 8, 5 u. a. a. O.

xx) Vgl. l. 5 § 5 si usufr. petat. 7, 6.

yy) Arg. leg. 27 § 28 ad leg. Aquil. 9, 2.

ſetzung ausgegangen ſein, daß der Eigenthümer auch ein Mittel habe, um ſich in den letztern Fällen gegen Eigenmächtigkeiten zu ſichern, und das kann nur dieſe actio ex stipulatu gewährt haben. Der Uſufructuar hatte ja, als er die durch das arbitrium boni viri ihm in der oben erörterten Weiſe geſetzten Schranken überſchritt, ſein in Stipulationsform gegebenes Verſprechen verletzt und einen Zuſtand herbeigeführt, von dem das Recht annahm, daß er den Wünſchen des Eigenthümers ſo wenig entſpreche, daß dieſer Opfer bringen werde, um den alten Zuſtand wiederherzuſtellen oder doch einen ihm möglichſt ähnlichen zu ſchaffen. Wenn alſo auch die Sache durch die Veränderung keinen Schaden erlitten hatte, ſo hatte doch ihr Eigenthümer ihn erlitten, und konnte wegen Nichteinhalten der Stipulation Erſatz dafür verlangen. Zunächſt wird daher das arbitrium iudicis [zz]) die Verpflichtung des Uſufructuars ausgeſprochen haben, die Sache in unverändertem Zuſtand zu reſtituiren, und deßhalb wird dieſer da, wo er bereits verbotene Aenderungen vorgenommen hatte, dieſelben auf eigene Koſten redreſſiren müſſen, wenn er die Condemnation vermeiden will; unterläßt er dieſes, oder iſt die Reſtitution des frühern Zuſtandes ganz oder wenigſtens alsbald unmöglich, indem z. B. Bäume umgeſchlagen ſind, die erſt nach Jahren wiederwachſen, oder die Marmorgruben ſo benutzt ſind, daß ſie nie wieder brauchbar werden, ſo erfolgt die Verurtheilung in id, quod domini interest, illud factum esse. Als dies Intereſſe wird alles das aufgefaßt werden müſſen, was der Eigenthümer verwenden muß, um ſich den Nutzen oder die Annehmlichkeit wenigſtens annäherungsweiſe wieder zu verſchaffen, die ihm die uſufructuariſche Sache nur in ihrem früheren Zuſtand gewährte. War daher z. B. ein Luſtgarten in ein Ackerfeld von höherem Werthe verwandelt, ſo wird der Eigenthümer ſo viel verlangen können, um einen andern Luſtgarten in einer eben ſo bequemen Lage erwerben und denſelben in allen vom Recht als erheblich anerkannten Beziehungen dem frühern ähnlich einrichten zu können. Von der dazu erforderlichen Summe wird er freilich die, welche er beim Verkauf des Ackerfelds erhalten kann, abziehen müſſen; allein da er dafür nur den wahrſcheinlichen

zz) L 13 § 1 de usufr.

Marktwerth zu berechnen braucht, dort aber, wo es ſich um den Ankauf handelt, alle die Conjuncturen berückſichtigen kann, die ihm grade jetzt den Erwerb eines ähnlich gelegenen Gartens erſchweren und ihm darum nöthigen werden, einen unverhältnißmäßig hohen Preis zu zahlen, ferner die Koſten der Einrichtung des neu angekauften Gartens nach dem Vorbild des früheren von bedeutender Höhe ſein können, ſo kann trotzdem, daß es nur darauf ankommt, ſtatt der verbeſſerten Sache eine andere von geringerem Marktwerthe zu ſchaffen, doch eine erhebliche Summe vom Eigenthümer als das Intereſſe in Anſpruch genommen werden. Ließe ſich auch nicht mal ein ähnlicher Garten für Geld wieder herſtellen, ſo wird zu unterſuchen ſein, ob und um welchen Preis ein Surrogat für die einzelnen Vortheile gefunden werden kann, welche der Garten ſeither gewährte, und die Summe dieſer einzelnen Ausgabepoſten muß erſetzt werden. So kann der Uſufructuar trotz der vorgenommenen Verbeſſerung mit der actio ex stipulatu zum Schadenerſatz genöthigt werden[a2]).

Wir haben ſeither Rechtsmittel erwähnt, die bei allen Arten des Uſusfructs dem Eigenthümer Schutz gegen widerrechtliche Veränderungen der Sache Seitens des Uſufructuars zu gewähren vermögen; nur für einzelne Arten deſſelben kann noch mit folgenden

---

a²) Dieſe Auffaſſung des Verhältniſſes, wofür ſich freilich keine directen Zeugniſſe anführen laſſen, wird weſentlich durch die Analogie der uns überlieferten Beſtimmungen über die Erſatzpflicht nach erhobenem interdictum quod vi aut clam unterſtützt. Auch hier iſt der Verklagte ohne Rückſicht darauf, ob der Kläger durch die gewaltſame oder heimlich vorgenommene That reicher oder ärmer geworden iſt, zur Wiederherſtellung des frühern Zuſtandes verpflichtet; wo er dieſer Verpflichtung nicht folgen will oder kann, da tritt ein, was Ulpian in l. 15 § 7 quod vi aut clam 43, 24 ſagt:

> Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset.

Demgemäß wird denn auch in l. 16 § 1 daſelbſt entſchieden:

> Sed si amoenitatis quaedam ex huiusmodi arboribus praestetur, potest dici, et fructuarii interesse *propter voluptatem et gestationem* et esse huic interdicto locum.

Klagen dies Ziel erreicht werden. Hat der Usufructuar eine bewegliche Sache wissentlich specificirt oder gänzlich vernichtet, so kann gegen ihn, als einen fictus possessor, qui dolo malo desiit possidere, die Vindication oder die actio ad exhibendum angestellt werden. Hat er einen Sklaven verschlechtert, so droht ihm die actio servi corrupti oder unter Umständen die actio iniuriarum[b2]). Hat er seine Pflichten hinsichtlich der Reparatur des im Ususfruct befindlichen Gebäudes nicht eingehalten, so kann der Eigenthümer ein richterliches Dekret erwirken, wodurch ihm die Ausübung des Ususfructs entzogen wird, wie oben S. 458 ff. ausgeführt ist. Dieses anomale Rechtsmittel wird aber nur auf den Fall zu beschränken sein, wo ein Gebäude durch Unterlassen der Reparaturen baufällig zu werden droht, und keiner Ausdehnung fähig sein. Das interdictum Quod vi aut clam endlich kann da, wo der Ususfruct an unbeweglichen Sachen besteht, ebenfalls gegen unberechtigte Veränderungen durch den Usufructuar Schutz gewähren[c2]), indem die vis oder clandestinitas in dem weitern Sinne, welchen die Jurisprudenz annahm, wo es sich um die Zulässigkeit dieses Interdicts handelt, in den meisten Fällen vorhanden sein wird, wo der Usufructuar ohne Erlaubniß des Eigenthümers unberechtigte Veränderungen an der dienenden Sache vornimmt. Denn da er wissen muß, daß diese ihm nur in beschränktern Maaße zustehen, er ferner voraussetzen kann, daß der Eigenthümer, welcher nicht mehr die Detention hat, nicht nothwendig erfährt, was auf seiner Sache geschieht, und ihm namentlich der Beginn der Veränderungen verborgen bleiben kann, so muß er von solchen Handlungen, die das Interesse des Eigenthümers verletzen, ja selbst schon von solchen, über deren Zulässigkeit er zweifelhaft sein kann, rechtzeitig Anzeige machen, wenn sie nicht den Charakter der clandestinitas an sich tragen sollen; erfolgt dann ein Verbot des Eigenthümers, so sind die dennoch unternommenen opera vi facta[d2]).

Ein solches Verbot kann der Eigenthümer, ohne daß er sich

---

b2) L. 66 de usufr.

c2) L. 13 § 1 de usufr.

d2) Francke über das Interd. Quod vi aut clam. Archiv für civ Prax. Bd. 22 S. 350 ff.

deßhalb der confeſſoriſchen Klage des Uſufructuars ausſetzt, nicht allein da erlaſſen, wo das beabſichtigte Unternehmen ſich als ein unberechtigter Uebergriff des Uſufructuars darſtellt, ſondern er kann damit auch da, wo der Letztere eine ihm durchaus zuſtehende Veränderung vornehmen will, dieſelbe ſo lange unterſagen, bis ihm wegen jedes bei Gelegenheit des Baus entſtehenden Schadens [propter vitium operis] eine cautio damni infecti beſtellt iſt[e²]; der Uſufructuar ſteht in ſo fern allen andern gleich, die aus irgend einem Rechtsgrunde auf fremden Grund und Boden Bauten vornehmen wollen, und die alle wegen jedes daraus etwa entſtehenden Schadens dem Eigenthümer caviren müſſen. [Vgl. §. 43 S. 412 und § 45 S. 428].

§ 52.

Fruchtbezug des Uſufructuars.

In der Befugniß, ſich die Früchte der dienenden Sache unterthan zu machen, beſteht das zweite weſentliche Element des Uſusfructs[a]. Allein auch in dieſer Beziehung wird man, um zunächſt von den natürlichen Früchten der Sache im Gegenſatz zu den *fructus civiles* zu reden, wieder die Erfahrung gemacht haben, daß der Uſufructuar vermöge ſeines unmittelbaren Verhältniſſes zu der Sache ſeine Befugniß weit über die Grenzen ausdehnen kann, welche die Conſtituenten des Uſusfructs bei Errichtung deſſelben im Sinne hatten, und daß er ſich Sachen aneignen kann, die zwar aus jener belaſteten Sache hervorgegangen ſind, die aber keineswegs zu den regelmäßigen Producten derſelben und daher zu den regelmäßigen Emolumenten des Eigenthums gehören, ſo daß es unwahrſcheinlich iſt, daß die Conſtituenten an ſie gedacht und auch darauf ein Anrecht haben übertragen wollen. Hier wies aber ſchon die Bezeichnung usus/*fructus* darauf hin, wo die Grenze des uſufructuariſchen Rechts zu ſuchen ſei, indem der Sprachgebrauch nicht Alles, was aus einer Sache entſtanden war, als fructus, Früchte derſelben benannte,

---

e²) L. 20 de damn. inf. 39, 2; arg. leg. 3 § 6 quod vi aut clam 43, 24.

a) L. 7 pr. de usufr.

ſondern darunter nur die Sachen verſtand, welche nicht in einzelnen unerwarteten Fällen, ſondern kraft eines in dem Weſen der Hauptſache begründeten Geſetzes und der Regel nach in einer ordnungsmäßigen Wiederholung producirt worden, ſo daß das Hervorbringen derſelben als eine der Beſtimmungen erſcheint, um derentwillen man eine derartige Sache zu halten pflegt[b]). Daher war nur das, was in dieſer Weiſe als die Frucht einer Sache aufgefaßt ward, dem Uſufructuar durch den von den Conſtituenten gebrauchten Ausdruck zugeſprochen, und das äußert ſich für die einzelnen in Rom gebräuchlichen Arten des Uſusfructs in den folgenden, uns überlieferten Regeln:

Für den Uſusfruct an den zur Fruchterzeugung beſtimmten Grundſtücken wird durch Paulus zweimal der Satz ausgeſprochen[c]):

> Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ad fructuarium pertinet.

An einer dieſer Stellen [l. 9 pr.] fügt er aber doch hinzu:

> sic tamen, ut boni viri arbitratu fruatur.

und demgemäß darf er ſich auch nur dann Alles, was auf einem Grundſtück gewachſen iſt, aneignen, wenn es ſich um Pflanzen handelt, die ganz und gar in wiederkehrenden Zeiträumen eingeerntet zu werden pflegen, wie das namentlich beim Getraide der Fall iſt, das er daher erwirbt, von wem es auch immer geſät ſein mag[d]). Wo es dagegen nur einzelne Theile der Pflanzen ſind, die man in wiederkehrenden Perioden zu gewinnen pflegt, während die übrigen Theile eine weit längere Zeit ausdauern, da darf der Uſufructuar auch nur jene regelmäßigen Erträgniſſe beanſpruchen, und ſo von einer Wieſe nur das Graß [nicht etwa auch die Graßnarbe] nehmen, von Weinſtöcken und Oelbäumen nur die Trauben und Oliven[e]), von Fruchtbäumen nur die Früchte, daneben aber auch wohl, wenn es auch nirgends ausdrücklich geſtattet wird, einzelne abgetrocknete Zweige ſolcher Gewächſe [Leſeholz], wie ſie ſich in jedem Jahr in faſt gleich-

b) Darum ſagt Ulpian in l. 27 de her. pet. 5, 3: Ancillarum etiam partus et partuum partus . . fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant.

c) L. 9 pr. und l. 59 de usufr.

d) L. 25 § 1 de usur. et fruct. 22, 1 u. a. a. O.

e) L. 13 quib. mod. usufr. 7, 4.

mäßiger Quantität von denſelben ablöſen und ſo einen Ertrag bilden, auf den man regelmäßig rechnen kann. Ebenſo, wie die Wieſen immer wieder von Neuem abgemäht werden, können auch Waldſtrecken mitunter von der Beſchaffenheit ſein, daß ſie wiederholt von Zeit zu Zeit bis auf die Wurzeln raſirt werden können, aus denen dann immer von Neuem das Holz aufwächſt. Auf einer ſolchen silva caedua im engern Sinne[f]) [Schneideholz oder Nieder- oder Aufſchlagewald], wozu auch die Rohr- und Weidenſtücke [silva palaris, arundinetum, salictum] gehören mögen, darf der Uſufructuar von Zeit zu Zeit ſchlagen laſſen, aber keineswegs darf man wohl annehmen, wie das von den meiſten Schriftſtellern geſchieht[g]), daß er zu jeder Zeit und ſelbſt ohne Rückſicht auf die gewöhnlichen wirthſchaftlichen Normen ſchlagen darf. Zur Begründung dieſer durchaus anomalen Regel beruft man ſich auf die l. 48 de usufr.[h]). Allein dieſe Stelle handelt von einer ganz andern Frage, ſie unterſucht, wann die abgelößten Erzeugniſſe einer Sache anfangen zu den Früchten zu gehören, d. h. wann der Uſufructuar durch die Perception Eigenthum an demſelben erwirbt[i]); ob der Uſufructuar die Ablöſung ſchon vornehmen darf, oder ob er ſich nicht vielmehr in Folge der geleiſteten Caution zu einer Entſchädigung wegen der in der vorzeitigen Einerntung liegenden Verſchlechterung verpflichtet, iſt eine andere Frage, die der Juriſt hier außer Acht gelaſſen hat, die dagegen nach l. 9 § 7 de usufr. ganz nach den allgemeinen Principien zu beantworten iſt, indem dort von Ulpian geſagt wird:

> Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam et arundinetum posse fructuarium caedere, *sicut paterfamilias caedebat*[k]).

---

f) L. 30 de V. S. 50, 16. *Gaius.* — Silva caedua est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.

g) Vgl. z. B. von Vangerow Leitfaden § 344 Anm. 1.

h) Silvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat, sicut oliva immatura lecta, item foenum immaturum caesum in fructu est.

i) Das dieſer Stelle zu Grunde liegende Princip werden wir ſpäter in dieſem Paragraphen zu betrachten haben.

k) Man will freilich dieſe Stelle auf eine silva caedua im weitern Sinne

Ein ſorgfältiger Eigenthümer wird aber die Erfahrung nicht außer Augen laſſen, daß ſolche Hölzungen eine beſtimmte Zeit hindurch einen beſonders ſtarken Wuchs haben können und daher vor derſelben nicht in ihrem Wachſen geſtört werden dürfen, ferner, daß ihr Ertrag, wenn das Holz in einem zu jungen Zuſtand geſchlagen wird, unverhältnißmäßig viel geringer ſein kann, als wenn noch einige Zeit gewartet wird, und wie er ſelbſt daher die forſtwirthſchaftlichen Regeln nicht außer Acht laſſen wird, ſo darf es auch der Uſufructuar nicht thun und darf ſelbſt nicht unzeitig ſchlagen, wenn auch der Uſusfruct ſeinem Ende in kürzeſter Friſt entgegenzugehen droht, und daher der ganze vorhandene Holzbeſtand vorausſichtlich dem Eigenthümer zufallen wird. Gleiches gilt auch hinſichtlich der andern in l. 48 behandelten Beiſpiele, und läuft daher der Uſusfruct an einer Wieſe im Frühjahr zu Ende, ſo darf der Uſufructuar nicht noch vorher das junge Gras mähen und den eben begonnenen Graswuchs für das ganze Jahr ſtören, wenn gleich er wohl das Eigenthum an den gemähten Gras erhält. Alſo nur arbitratu boni viri darf er die einzelnen ihm zukommenden Theile der Pflanzen einernten.

Dagegen darf der Uſufructuar der Regel nach ganze Bäume oder Geſträuche, welche ſich auf dem dienenden Grundſtück befinden, nicht angreifen, mögen ſie zum Fruchttragen beſtimmt ſein oder gar ganz nutzloß daſtehen, und ſelbſt dann, wenn ſie durch Andere oder durch Windſtöße ausgeriſſen ſind, darf er ſich das Holz nicht aneignen[1]). Nur da verhält ſich dies anders, wo das Grundſtück ſeinen weſentlichen Zweck darin hat, Holz zu produciren, alſo die Bäume und Geſträuche von vorne herein nur die Beſtimmung haben, gefällt zu werden. Bei einem derartigen Walde [der silva caedua im weitern Sinne] iſt der Holzertrag ein regelmäßiges Emolument des Eigenthums, und es wird daher mit Recht angenommen, daß

beziehen, in welchem ſie nach jener Erklärung von Gaius den zur Holzerzeugung beſtimmten Wald bezeichnet; allein die Gleichſtellung derſelben mit dem arundinetum weiſt auf den engern Sinn hin, indem Rohrſtücke grade die Eigenſchaften haben, welche Gaius als das Kennzeichen einer ſolchen silva caedua nennt: quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.

1) L. 12 pr. de usufr.

gerade er dem Usufructuar nach dem Willen der Constituenten zufallen sollte, zumal sonst der Ususfruct meistens sehr geringe oder gar keine Vortheile bieten würde[m]). Daß der Usufructuar nun aber nicht nach Belieben alles Holz abschlagen und den Wald gänzlich devastiren kann, folgt aus der Beschränkung, die ihm hier, wie überall, entgegentritt, indem er boni viri arbitratu sein Recht üben muß[n]), — oder, wie sie für diesen Fall specialisirt lautet, indem er nur in Gemäßheit der forstwirthschaftlichen Regeln fällen darf, welche in jener Gegend für solche Gehölze, wie die fraglichen, von allen verständigen Eigenthümern befolgt zu werden pflegen.

Neben den Erträgnissen aus den auf dem Grundstück gewachsenen Pflanzen darf der Usufructuar Mineralien aus den dort befindlichen Steinbrüchen, Sandgruben, Bergwerken u. s. w. gewinnen[o]), und auch dann, wenn er erst selbst diese Anlagen in Gemäßheit der im vorigen Paragraphen erörterten Regeln gemacht hat[p]), nur immer vorausgesetzt, daß er wie ein bonus paterfamilias handelt. Ferner hat er die Einkünfte aus den dort befindlichen Bienen[q]), aus der Jagd, dem Vogelfang und der Fischerei[r]). Dagegen erwirbt er nicht

---

m) L. 22 pr. de usu 7, 8.

n) L. 9 § 7 de usufr. 7, 1.

o) L. 9 § 2 daselbst.

p) L. 9 § 3 daselbst.

q) L. 9 § 1 daselbst.

r) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 22; l. 9 § 5, l. 62 pr. de usufr. Wenn dagegen die l. 26 de usur. et fruct. lautet: *Julianus* libro VI ex Minicio. — Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet, so hat sie wohl nur den einen Gesichtspunkt im Auge, der in diesem ganzen Titel der vorherrschende ist, was bei Berechnung des Interesses im Falle der nicht gehörig gemachten Leistung bei Berechnung des wahrscheinlichen Ertrags eines Grundstücks berücksichtigt werden muß, und bestimmt da, daß der etwaige Ertrag der Jagd regelmäßig nicht in Anrechnung gebracht werden darf, indem dieser zu ungewiß ist, oder zu sehr von der persönlichen Geschicklichkeit und dem Zufall abhängt, als daß sich mit Sicherheit darauf bauen läßt. Nur wo der besondern Beschaffenheit des Grundstücks wegen ein so regelmäßiger Ertrag erwartet werden kann, daß dieser auf die Bestimmung des Werths des Grundstücks von Einfluß sein wird, und sich so schon äußerlich als Frucht desselben darstellt, soll auch für die entzogene Jagd Ersatz geleistet werden.

etwa das, was dem Grundſtück während der Zeit des Uſusfructs durch Alluvion zuwächſt s), wenn gleich ſich ſein Uſusfruct auch hierauf erſtreckt t), ſondern dies fällt iure accessionis dem Eigenthümer zu.

Unſer oben aufgeſtelltes Princip könnte aber deßhalb als unrichtig erſcheinen, weil der Uſufructuar auch ein bleibendes Eigenthum an dem Nachbarhauſe erwirbt, in welches er, weil auf ſein Verlangen die cautio damni infecti nicht geleiſtet wurde, durch das zweite Dekret immittirt u) und damit in Folge des Uſusfructs zu einer Sache gelangt iſt, die keineswegs kraft eines im Weſen der dienenden Sache begründeten Geſetzes aus derſelben und in regelmäßiger, vorauszuſehender Weiſe hervorgegangen iſt. Dieſer Einwand wird dadurch unterſtützt, daß Ulpian (a. a. O.) die obige Regel mit dem Satz in Verbindung bringt, daß alle Erträgniſſe eines Hauſes [quicunque reditus, — quaecunque obventiones] dem Uſufructuar zufallen, und alſo auch das baufällige Haus als einen Ertrag des im Uſusfruct ſtehenden Hauſes hinſtellt. Unterſuchen wir aber das fragliche Verhältniß näher, ſo liegt der Rechtsgrund, in Folge deſſen das Nachbarhaus gewonnen wird, nicht in dem uſufructuariſchen Recht des Erwerbenden, ſondern in dem Delict des Verlierenden, der trotz dem vom Uſufructuar geſchworenen Kalumnieneide und trotz der gerichtlichen Aufforderung die Kaution nicht beſtellt hat. Um deſſentwillen wird ihm das Haus ab- und dem Imploranten zugeſprochen v). Der Uſusfruct war allerdings die Veranlaſſung, in Folge deren der Uſufructuar den Calumnieneid ſchwören und der prätoriſchen Cognition Stand halten konnte; allein dazu genügte auch eine Reihe von andern Rechtsverhältniſſen, die keineswegs einen Anſpruch auf irgend welchen Fruchtgenuß gaben, wie ja ſchon den Frauen der Inquilinen und ebenſo denen, die bei dieſen wohnen, auf ihr Verlangen cavirt werden muß w) und demnach auch dieſe alle ſchließlich bei verweigerter Caution Eigenthum am Nachbarhauſe erwerben können. Neben dem

s) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 22.

t) Vgl. § 25 S. 213.

u) L. 7 § 1 de usufr.

v) Vgl. die Worte des Edicts in l. 7 pr. de damno infecto 39, 2.

w) L. 13 § 5 de damn. inf.

Uſufructuar kann auch immer noch der Eigenthümer des uſufructuariſchen Grundſtücks die Caution verlangen und bei deren Verweigerung Einweiſung in das baufällige Haus zugleich mit jenem erreichen, während ſonſt überall, wo es ſich um Fruchtgewinn handelt, der Uſufructuar den Eigenthümer gänzlich ausſchließt, und dieſer nur erwerben kann, wo der Uſufructuar nicht erwerben will. Auch darin liegt eine Hinweiſung, wie der Eigenthumserwerb hier nur als eine Folge des erlittenen Delicts erſcheint und er alſo die obige Regel über den Umfang des uſufructuariſchen Rechts auf die Erzeugniſſe einer Sache nicht umzuſtoßen vermag.

Bei dem Uſusfruct an Thieren erwirbt der Uſufructuar die Jungen derſelben[x]), und erleidet dies nur da eine Beſchränkung, wo nicht ein oder mehrere einzelne Thiere Gegenſtand des Uſusfructs geworden ſind, ſondern dieſer an einer Heerde, alſo an dem Begriffsganzen, beſtellt iſt, indem dann die Jungen der einzelnen Thiere, die zwar als deren Früchte gelten würden, doch nur ſo weit als Früchte der Heerde erſcheinen, als die Kopfzahl derſelben während des Uſusfructs wirklich vermehrt iſt, ſo daß alſo der Uſufructuar zunächſt die abgegangenen, ja ſelbſt die für die eigentliche Beſtimmung der Heerde unbrauchbar gewordenen Thiere aus dem Nachwuchs ergänzen muß und nur das, was dann noch übrig bleibt, ſich aneignen darf[y]). Ebenſo verhält es ſich, wenn der Uſusfruct an einem Thiergarten beſtellt iſt; der Uſufructuar darf dann in demſelben jagen, wenn er nur den Wildſtand der Zahl nach auf der Höhe erhält, wie er ihm übergeben iſt, und alſo nur ſo viel erlegt, als durch Nachwuchs oder neue Beſetzung hineingekommen iſt[z]). Hiervon abgeſehen gewährt der Uſusfruct an Thieren einen Anſpruch auf die Producte, durch welche ſie regelmäßig und wiederholt nutzbringend ſind, wie namentlich auf ihre Arbeitskraft, auf ihre Milch, ihre Wolle und Haare, ja ſelbſt auf ihren Dünger[aa]); jedoch giebt er

x) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 20; § 37 J. de rer. div. II, 1; l. 68 § 1, l. 69 de usufr.; l. 28 pr. de usur. et fruct. 22, 1.

y) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 20; l. 69 und 70 de usufr.

z) L. 62 § 1 de usufr.

aa) Arg. leg. 12 § 2 de usu 7, 8; l. 28 pr. de usur. et fruct 22, 1.

kein Recht auf das Fleiſch und die ſonſtigen brauchbaren Stoffe, welche erſt nach ihrem Tode von ihnen entnommen werden können [bb]). Denn wenn dieſe auch für den Eigenthümer regelmäßig einen im Voraus zu erwartenden Ertrag bilden, ſo iſt er doch kein wiederkehrender und fällt daher nicht unter den Begriff der Frucht des Thieres, vielmehr erlöſcht der Uſusfruct mit dem Momente des Todes, da dann die ſeither dienende Sache gänzlich aufhört und die übriggebliebenen Reſte einer ganz andern Art von Sachen angehören.

Die ſeither von uns dargeſtellten Grenzen des uſufructuariſchen Rechts, die Erzeugniſſe der dienenden Sache in Anſpruch zu nehmen, erhalten aber in zweifacher Beziehung eine Erweiterung. Erſtens hat nämlich der Uſufructuar, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt iſt, die Befugniß, die dienende Sache zu repariren, welcher Befugniß häufig ſogar eine dahin zielende Verpflichtung zur Seite ſteht (vgl. § 53); hierbei wird mitunter eine Loßtrennung einzelner Theile und Erſetzung derſelben durch neues Material erforderlich ſein, und aus Billigkeitsrückſichten wird dem Uſufructuar zur Entſchädigung für letzteres das Eigenthum an dem Ausgeſchiedenen zugeſprochen. So ſoll er, wenn er auf einem zur Cultur beſtimmten Acker an die Stelle abgeſtorbener Bäume neue gepflanzt hat, das Holz von jenen erwerben können [cc]) und er auch bei dem Uſusfruct an einer Heerde die als unbrauchbar ausgeſchiedenen Thiere, oder das Fleiſch der geſtorbenen behalten, wenn er ſie in der eben erwähnten Weiſe erſetzt hat [dd]). Zweitens kann der Uſufructuar ſolche Sachen, welche nicht unter den erwähnten engen Begriff der Früchte fallen, auch dann angreifen, wann er ſie zur Reparatur der dienenden Sache ſelbſt verwenden will, und zwar ohne Rückſicht darauf, ob er zu ſolcher Reparatur verpflichtet iſt, oder nicht. Allerdings fließt dieſe Befugniß mehr aus ſeinem Adminiſtrationsrecht als aus ſeinem Recht auf Fruchtbezug; weil ſie ihm aber da, wo er ſonſt aus Eigenem

bb) L. 30 quib mod. usufr. 7, 4.
cc) L. 18 de usufr.
dd) L. 69 und l 70 § 2 de usufr.

das Material zur Reparatur beſchaffen müßte, zu Hülfe kommt, ſo wirkt ſie indirect ſo, als ob durch dieſelbe aus der fremden Sache ſeinem Vermögen ein Zuwachs würde, und alſo ebenſo, wie die Befugniß zum Fruchtbezug. So darf er, um Baumaterial für Herſtellung des Wirthſchaftsgebäudes auf einem Landgut zu erlangen, Kalk und Sand graben [ee]), Bauholz ſchlagen, die für die Beſtellung des Weinbergs nöthigen Pfähle oder Zweige zum Anbinden der Reben von den auf dem Gute wachſenden Bäumen nehmen [und zwar aus der silva non caedua ſowohl, wie aus der silva caedua] [ff]). Nur ſind dieſe beiden Erweiterungen ſeiner Befugniſſe wieder an die Bedingung geknüpft, daß er ſie arbitrio boni viri ausübe, und nur ſo weit davon Gebrauch mache, als auch ein bonus pater familias alſo mit ſeiner eigenen Sache verfahren haben würde. Demnach wird auch ausdrücklich erwähnt, er ſolle, um Pfähle für den Weinberg zu erhalten, nicht große Bäume fällen [gg]).

An den Erzeugniſſen der im Uſusfruct ſtehenden Sachen, auf welche der Uſufructuar nach dem Obigen Anſpruch machen kann, erwirbt er aber erſt durch Beſitzergreifung, durch Perception, wirkliches Eigenthum [hh]). Bis dahin kann er zwar wegen jeder Verletzung oder Entwendung der Früchte ſeine Klagen aus dem Uſusfruct erheben, da dieſer zugleich verletzt iſt, oder er kann auch wohl wegen

---

ee) Vat. fragm. § 71; l. 12 pr. de usufr.

ff) L. 10 und l. 11 de usufr. Vgl. l. 9 § 7 daſelbſt.

gg) L. 11 de usufr. 7, 1.

hh) § 36 J. de rer. div. II, 1; l. 12 § 5 de usufr.; l. 25 § 1 de usur. 22, 1; l. 6 § 2 C. de bon. quae lib. 6, 61. Die Frage, wann percipirt iſt, iſt nach den allgemeinen Regeln über Beſitzerwerb zu beantworten; eine Anwendung derſelben auf die Perception der Feldfrüchte enthält l. 13 quib. mod. usufr. 7, 4: Si fructuarius messem secit, et deposuit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse, fructumque percipi spica aut foeno caeso, aut uva ademta, aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia cocta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit.

Störung im Beſitze ſeiner Servitut die Interdicte brauchen; die auf das Eigenthum gegründeten Klagen, wie die rei vindicatio, und was practiſch beſonders wichtig war, die auf eine höhere Entſchädigung gerichtete actio furti[ii]) ſtehen nicht ihm, ſondern dem Eigenthümer der dienenden Sache zu. Man hat häufig für den Uſusfruct an Thieren dieſe Grundſätze in ſo fern geleugnet, als die Jungen ſofort nach ihrer Geburt dem Uſufructuar eigen ſein ſollen, und beruft ſich dafür auf die §§ 36 und 37 J. de rerum divis. II, 1, wo zuerſt geſagt wird, bei einem ususfructus fundi erwerbe der Uſufructuar erſt durch Perception die Früchte, dann aber fortgefahren wird:

> § 37. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, pili et lana. Itaque agni et hoedi et vituli et equuli et suculi statim naturali iure dominii fructuarii sunt; partus vero ancillae etc.

Aus dieſer Stelle ergiebt ſich aber zunächſt, daß wenn man statim den Sinn beilegen will „ohne daß eine Perception nöthig iſt", dieſelbe auffallende Anomalie hinſichtlich der Milch, der Wolle und der ſonſtigen Producte der Thiere angenommen werden muß, indem im Anfang die Nachkommenſchaft der Thiere dieſen durchaus gleichgeſtellt und daraus abgeleitet wird, daß die Lämmer u. ſ. w. ſofort dem Uſufructuar zufallen. Für eine ſolche Bedeutung von statim ſcheint nun allerdings ſehr gebieteriſch der erwähnte Gegenſatz des § 37 zum § 36 zu ſprechen, wo ausdrücklich von dem ſpätern Erwerb der Früchte die Rede iſt, — allein die Auctorität der Inſtitutionen wird hier weſentlich dadurch geſchwächt, daß der § 37 mit ſehr geringen Abänderungen in den Pandecten [l. 28 de usuris 22, 1] wieder vorkommt, wo er als ein Fragment des Gaius und zwar aus dem liber II Rerum quotidianarum sive Aureorum bezeichnet wird[kk]). Daß das statim in dieſer urſprünglichen Faſſung nicht im unmittel-

---

ii) L. 12 § 5 de usufr.

kk) Der betreffende Theil lautet dort ſo: In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae und ſo weiter in völliger Uebereinſtimmung mit § 37 J.

baren Gegenſatz zu dem Erwerb durch Perception geſtanden hat, erhellt daraus, daß Gaius in der l. 28 zunächſt den Fruchterwerb des bonae fidei possessor und des Uſufructuars zuſammen behandelt, alſo in den voraufgegangenen von den Compilatoren weggeſchnittenen Sätzen, wenn ſolche in unmittelbarem Zuſammenhange damit ſtanden, ebenfalls in dieſer doppelten Beziehung Unterſuchungen über den Umfang des Begriffs der fructus angeſtellt und nicht von dem Erwerb durch Perception, der für den bonae fidei possessor gar nicht erfordert wird, geſprochen haben wird. Wenn nun alſo der Zuſammenhang, in welchem statim von dem Concipienten jener Regel gebraucht iſt, es nicht mit Nothwendigkeit erheiſcht, daſſelbe in einer ſo anomalen und durch keinen innern Grund gerechtfertigten Bedeutung aufzufaſſen, ſo frägt es ſich, ob ein anderer Grund aufzufinden iſt, der erklärt, warum Gaius den Erwerb der Thierjungen statim geſchehen läßt. Ein durch die Natur der Sache gebotener Unterſchied von dieſem Erwerb und dem der unmittelbar vorhererwähnten Arten der Thierfrüchte, der Milch und der Wolle, gründet ſich darauf, daß letztere, wenn ſie überhaupt dem Menſchen brauchbar ſein ſollen, durch poſitive menſchliche Thätigkeit gewonnen werden müſſen, ſo daß alſo die Perception immer in einem Handeln des Uſufructuars oder ſeiner Stellvertreter beſtehen muß. Die Thierjungen dagegen können ohne menſchliche Beihülfe zur Welt kommen, und, wenn nur das Mutterthier in der Detention des Uſufructuars ſteht, ſo daß er auch auf das Junge ſofort nach deſſen Geburt nach Belieben einwirken kann, wenn er ferner Kenntniß davon hat, daß das Thier ein Junges geworfen hat, oder ſelbſt, daß es werfen werde, und demnach auch animo Beſitz erworben hat, ſo iſt die Perception alsbald nach der Geburt des Jungen, ohne daß es irgend welcher Handlung durch den Uſufructuar bedarf, durchaus vollendet. An dieſen regelmäßig vorkommenden Fall wird Gaius gedacht haben, als er aus dem Satz, daß Thierjungen, wie Milch und Wolle, Früchte ſind, ableitete, daß Lämmer und Kälber alsbald dem Uſufructuar gehören, keineswegs aber gewollt haben, daß er auch da, wo das im Uſusfruct befindliche Thier von Andern, etwa von Dieben beſeſſen werde, ſofort Eigenthum an den Jungen deſſelben erwerbe. Dann müßte auch da, wo der Eigenthümer ſelbſt das Thier detinirt,

der Uſufructuar, er möge wollen oder nicht, an allen Jungen ſofort Eigenthum erwerben und das Recht des Eigenthümers auf dieſelben wäre nicht etwa bloß durch das uſufructuariſche Recht beſchränkt, ſondern gänzlich aufgehoben. Das widerſpricht aber den Grundſätzen, welche ſonſt überall in der Lehre vom Uſusfruct, ja ſelbſt in der ganzen Servitutenlehre eingehalten ſind [vgl. § 5, S. 43 ff.], und ſo möchte die oben erwähnte Stelle des Gaius, die eine andere Erklärung zuläßt, nicht im Stande ſein, allein einen genügenden Beweis für dieſe große Anomalie zu erbringen. Und daß Juſtinian durch die eigenthümliche Stellung, welche dieſem Ausſpruch des Gaius in den Inſtitutionen gegeben iſt, bewußter Maaßen einen ſo anomalen Satz habe einführen wollen, erſcheint ebenfalls höchſt unglaubhaft.

Allein noch andere Stellen ſcheinen das hier bekämpfte Princip vorauszuſetzen. Die l. 12 § 5 de usufr. handelt davon, wem die condictio furtiva zuſtehe, wenn noch nicht percipirte Früchte einer im Uſusfruct befindlichen Sache geſtohlen ſind; ſie ſpricht ſie dem Eigenthümer dieſer Sache zu, weil er auch Eigenthümer der Früchte ſei. Dann fährt ſie fort:

> Quum autem in pedenti est dominium, ut ipse Julianus ait, in foetu, qui summittitur, . . . dicendum est, condictionem pendere, magisque in pendenti esse dominium.

Ulpian bezieht ſich hier auf den ſchon erwähnten Rechtsſatz, daß der Uſufructuar einer Heerde ſich nur ſo viele der Jungen aneignen darf, als nach Erſatz des Abgangs der Heerde übrig bleiben, und da er wählen kann, welche der Jungen er dazu einſchießen will, ſo ſoll nach dieſer Stelle bis zur geſchehenen Wahl das Eigenthum an allen Jungen ſchweben. Man könnte alſo auch hier ſagen, der Eigenthumserwerb iſt nicht von dem Acte der Perception abhängig gemacht, ſondern von einem ganz andern Umſtande. Noch mehr wird eine ſolche Auffaſſung durch l. 69 de usufr. unterſtützt, wo Pomponius in Beziehung auf denſelben Gegenſtand ſagt:

> Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora[11]) quoque

11) D. h. die als unbrauchbar ausgeſchiedenen, die früher ein Theil der Heerde waren, jetzt aber zur Frucht wurden.

ex natura fructus desinunt eius esse; nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est, et quum substituit, desinit eius esse.

Hier wird alſo dem Uſufructuar ſofort Eigenthum an den Jungen zugeſprochen, und dies ſoll durch das Einſchießen in die Heerde wieder aufhören. Dieſe Anſicht, welche ſchon der erwähnten l. 12 § 5 widerſpricht, wird aber in der folgenden Stelle [l. 70 § 1] bekämpft und iſt demnach auch im Corpus Juris verworfen, indem Ulpian ſich dort wieder dafür ausſpricht, daß es in Frage bleibe, wer Eigenthümer ſei, bis die summissio geſchehen ſei. Dieſe beſteht in irgend einem Akte des Uſufructuars, welcher erkennen läßt, daß er grade dieſe Thiere dauernd der Heerde einverleiben will[mm]). Demnach iſt aber auch hier auf die Perception keinerlei Gewicht gelegt. Allein ausdrücklich ausgeſchloßen wird ſie auch nicht, und da nun mal, wie gezeigt iſt, der Erwerb durch Perception allein den Grundſätzen entſpricht, welche im Uebrigen in der Servitutenlehre gelten, ſo können wir auch ohne ausdrückliches geſetzliches Gebot davon nicht abweichen. Demgemäß können wir denn auch dieſe Stellen nur ſo auffaſſen, daß ſie die Frage behandeln, ob beim Uſusfruct einer Heerde die Perception an allen Jungen ſofort dem Uſufructuar das Eigenthum erwerbe, oder ob die Wirkung derſelben nicht vielmehr bis zur geſchehenen Ergänzung der Heerde ſuſpendirt ſei. Die letztere Anſicht hat die Oberhand erlangt, und ſo kann der Juriſt mit Recht ſagen, das Eigenthum ſchwebe einſtweilen. Denn im Moment der Geburt iſt allerdings das Eigenthum an den Jungen dem Eigenthümer der Heerden zugefallen; ob dieſes aber nicht alsbald durch die Perception des Uſufructuars aufgehoben iſt, das entſcheidet ſich eben erſt durch die Submiſſion. Die Regel, daß der Uſufructuar erſt durch Perception die Früchte erwirbt, möchte alſo auch bei dem Uſusfruct an Thieren keine Ausnahme erleiden.

Eine Vorausſetzung der Perception, wodurch dieſe erſt die Kraft erlangt, Eigenthum zu erzeugen, iſt aber immer, daß die Erzeugniſſe,

---

mm) L. 70 § 5 daſelbſt: Summittere autem facti est, et Julianus proprie dicit dispertire, et dividere, et divisionem quamdam facere, quod dominium erit summissorum proprietarii.

welche vom Uſufructuar in Beſitz genommen werden, auch in dem concreten Falle wirklich den Character von Früchten an ſich tragen. Denn da die Kraft der Perception eben darauf beruht, daß der Percipient mit dem Willen der Conſtituenten [die hier gleichſam als Vertreter aller ſpätern Eigenthümer der dienenden Sache erſcheinen] den Beſitz an den Früchten ergreife, und ſie ſich demnach etwa als traditio brevi manu darſtellt, ſo hört dieſe Wirkung auf, ſobald nicht mehr vermuthet werden kann, daß der Wille der Conſtituenten dem Uſufructuar zur Seite ſteht, und das Eigenthum an den betreffenden Erzeugniſſen verbleibt daher dem Eigenthümer unbeſchränkt. Dies iſt auch bei der Frage zu berückſichtigen, von wann an der Uſufructuar eine wirkſame Perception vornehmen kann, von der Javolen in l. 42 de usufr. legato 33, 2 handelt. Darnach ſoll zu den Früchten gehören, was uns den Nutzen gewähren kann, welcher der Beſtimmung der Sache entſpricht[nn]); daher komme es in dieſer Beziehung nicht auf die natürliche Reife an, ſondern man müſſe fragen, zu welcher Zeit der Eigenthümer am vortheilhafteſten die Früchte einernten werde, und da die unreife Olive mehr Oel gebe, wie die reife, ſo könne man nicht ſagen, die unreif geernteten Oliven gehörten noch nicht zu den Früchten. Daraus, daß der Juriſt es hier für nöthig erachtet, zu unterſuchen, ob die Erzeugniſſe bereits den Charakter als Früchte angenommen haben, ergiebt ſich, wie es doch möglich iſt, daß eine Abſonderung derſelben von der Hauptſache vor dem Zeitpunkte geſchehen kann, wo ſie zu Früchten geworden ſind, und daß ſie daher dann nicht vom Uſufructuar percipirt werden können; er will die unreifen Oliven als Früchte betrachtet haben, weil ſie in derſelben Weiſe benutzt werden können, wie die reifen, und alſo zu den Dingen gehören, um derentwillen Oelbäume gehalten werden. Daß ſie ſogar mehr Oel geben, als die reifen, hebt Javolen hier zwar beſonders hervor, allein man darf dieſen Umſtand wohl nicht benutzen, um zu folgern, daß überall nur dann die Erzeugniſſe zu den Früchten gehören, wenn ſie in dem Zeitpunkt getrennt werden, wo ſie gerade am ergiebigſten ſind, ſondern das

nn) Das möchte der Sinn der Anfangsworte ſein: In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est, u. ſ. w.

wird von ihm nur hervorgehoben ſein, um die vorliegende Entſcheidung unzweifelhaft zu machen. Denn eine ſo enge Umſchränkung des uſufructuariſchen Rechts würde den ſonſtigen Grundſätzen über den Uſusfruct wenig entſprechen und namentlich auch mit der andern von dieſer Frage handelnden Stelle, der ſchon oben (S. 482) erwähnten l. 48 § 1 de usufr. in Widerſpruch ſtehen, in der geſagt wird, daß neben den unreif geernteten Oliven auch das unzeitig geſchlagene Holz einer silva caedua und das unreif gemähte Graß zu den Früchten gehöre.

Paulus ſpricht in der letztern Stelle von der silva caedua, die, wie Gaius in der oben erwähnten l. 30 de V. S. ſagt, eine doppelte Bedeutung hat; es entſteht die Frage, an welche er hier gedacht hat, ob er nur hat ſagen wollen, da, wo der Uſufructuar den ganzen Wald von Zeit zu Zeit raſiren kann, gehört ihm das Holz, auch wo er unzeitig ſchlägt, oder ob er den weitern Sinn vorausſetzte und daher die Regel aufgeſtellt hat, daß überall, wo in dem Uſusfruct die Befugniß liegt, Holz zu ſchlagen, mag man dieſe auch nach den oben beſprochenen Grundſätzen nur ſo üben dürfen, daß man hin und wieder aus dem Walde einen einzelnen Baum ausſchlagen darf, ihm doch dem Eigenthume nach alles Holz zufalle, was irgendwo vom Uſufructuar geſchlagen wird, und wenn dadurch auch noch ſo ſehr der Wald devaſtirt wird [natürlich, ohne daß ihm darum die Erſatzpflicht wegen Verſchlechterung der dienenden Sache abgenommen wird]. Wir glauben den letztern Satz in dieſer Stelle finden zu müſſen, indem für dieſen weitern Sinn einmal der juriſtiſche Grund ſpricht, daß alle Bäume, welche in der silva caedua ſind, wenn ſie auch jetzt noch nicht geſchlagen werden dürfen, doch bei lange fortgeſetztem Uſusfruct in Gemäßheit der forſtmäßigen Grundſätze der Axt des Uſufructuars anheimfallen, alſo alle einmal den Character der Früchte annehmen würden, ſo daß ſie in dieſer Beziehung den unreifen Früchten oder dem unreifen Graſe gleichſtehen würden, das der Uſufructuar nach dem Obigen auch noch nicht, ohne ſich einen Entſchädigungsanſpruch auszuſetzen, einernten darf, und von dem doch geſagt wird, daß es zu den Früchten gehöre, ſobald es in entſprechender Weiſe verwandt werden könne. Die Benutzung des Holzes iſt aber natürlich ſtets dieſelbe, mag der

Uſufructuar zu deſſen Gewinnung berechtigt ſein, oder nicht. Sodann ſpricht dafür aber auch ein Nützlichkeitsgrund, indem ſonſt das Eigenthum an dem in einer silva caedua vom Uſufructuar geſchlagenen Holz immer höchſt zweifelhaft und ungewiß ſein würde, und es für jeden höchſt unräthlich erſcheinen müßte, von ihm ſolches zu kaufen, da man nur ſelten genau würde wiſſen können, ob er Eigenthümer grade dieſes Baumes geworden ſei. Denn hätte er ſeine Befugniß um etwas überſchritten und nur ein einzigſtes Mal gegen forſtwirthſchaftliche Grundſätze gehandelt, ſo würde er nicht nur an ſo viel Bäumen, als er zu viel geſchlagen hätte, kein Eigenthum erworben haben, ſondern dies würde auch an allen denen zweifelhaft ſein, die etwa gleichzeitig geſchlagen wären, da nun ungewiß wäre, welche von den Bäumen als Früchte gelten können und welche nicht. Demnach fordert ſchon die Rückſicht auf den Verkehr, daß der Uſufructuar an allem von ihm geſchlagenen Holz Eigenthum erwerbe, und wir kommen alſo auf den Satz zurück, daß alle Erzeugniſſe einer Sache, welche der Uſufructuar einſtmals als Früchte in Anſpruch nehmen kann, vorbehaltlich ſeiner Erſatzpflicht alsbald von ihm durch Perception erworben werden können, wenn ſie dem Zweck gemäß benutzt werden können, den man bei Erzielung von Früchten im Auge zu haben pflegt; iſt dies nicht möglich, ſo erwirbt er das Eigenthum nicht daran, aber dies wird meiſtens gleichgültig ſein, da ſie dann auch ganz werthloß ſein werden, und ſo der Eigenthümer der Hauptſache ſie doch nicht von ihm wird vindiciren können oo).

Neben der ſeither beſprochenen Befugniß, die natürlichen Früchte der dienenden Sache ſich anzueignen, hat der Uſufructuar auch ein Recht auf die ſogen. *fructus civiles* derſelben. Dahin gehören nämlich zuerſt alle die Einnahmen, welche er in Folge der ihm geſtatteten gänzlichen oder theilweiſen und temporären Veräußerung ſeiner Befugniß macht, und die ihm daher zunächſt in Folge der Rechtsgeſchäfte zufließen, durch welche er veräußert hat, und die nur indirect inſofern als Producte der dienenden Sache gelten können, als er nur vermittelſt dieſer zum Eingehen derartiger Geſchäfte be-

oo) Vgl. § 16 Anm. a, S. 138.

fähigt war. Dieſe Erträgniſſe als Früchte der dienenden Sache aufzufaſſen, war man aber in Rom um ſo geneigter, als es dort ſchon üblich war, einzelne Sachen bloß um deswillen zu haben, um ſie Andern gegen Entgelt zu überlaſſen, und ſo dieſes Entgelt dieſelbe ökonomiſche Bedeutung hatte, wie bei andern Sachen die dadurch producirten natürlichen Früchte. Beſonders ſcheinen ſtädtiſche Gebäude häufig gehalten zu ſein, um ſie zu vermiethen, und ſo wird wiederholt geſagt:

Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur pp). Dem Falle, wenn der Uſufructuar die Ausübung ſeines Rechts gegen Entgelt veräußert hat, ſteht in dieſer Beziehung völlig der gleich, wenn er in Folge teſtamentariſcher Diſpoſition oder eines Vertrags in ein ſchon vom Eigenthümer begonnenes Pachtverhältniß eintreten muß, und das ihm kraft ſeines Uſusfructs zuſtehende Recht, jedem und alſo auch dem ſeitherigen Pächter die Benutzung zu unterſagen qq), in Folge deſſen nicht ausüben darf; denn der Miethpreis, der ihm in ſolchem Falle vom Pächter bezahlt wird, fließt ihm wieder nicht unmittelbar aus der Sache, ſondern in Folge jener teſtamentariſchen Beſtimmung und jenes Vertrags zu. Erwirbt er dann den Uſusfruct im Laufe einer Miethperiode, wie ſie zum Zwecke der Beſtimmung des Miethpreiſes gemacht werden, ſo frägt es ſich, wie viel er von dem für dieſe Periode zu entrichtenden Zinſe beanſpruchen darf. Dabei iſt, wie allgemein anerkannt wird, zu unterſcheiden, ob das Miethgeld als eine Renumeration für den gehabten Gebrauch, oder ob es für die gezogenen Früchte gegeben wird; im erſten Falle wird es unter dem frühern Eigenthümer und dem Uſufructuar nach Verhältniß der Zeit, in welcher jeder den ausſchließlichen Gebrauch beanſpruchen konnte, zu theilen ſein, da dann jeder einen Theil der Leiſtung gemacht hat, für welche der Zins bezahlt wird. Iſt er aber nur eine Renumeration für die Früchte, ſo kommt es darauf an, ob dieſe unter der Herrſchaft des Eigenthümers oder der des Uſufructuars percipirt ſind; denn da der Letztere ein Recht auf alle Früchte hat, die im Moment, wo der Uſusfruct anfängt, noch nicht

pp) L. 36 de usur. 22, 1; vgl. l. 7 § 1, l. 59 § 1 de usufr
qq) L. 59 § 1 de usufr.

getrennt ſind, mögen ſie auch längſt reif ſein rr), ſo erhält er auch allein, was für die Befugniß, dieſe Früchte einzuernten, bezahlt wird, wogegen er auch wieder keinerlei Anſpruch hat, wenn die Früchte vor der Zeit ſeines Uſusfructs eingeerntet ſind ss). Es verſteht ſich, daß häufig beim Beginn des Uſusfructs einzelne Früchte der Miethperiode bereits gewonnen ſind, andere aber noch Theil der Hauptſache ſind, und daß dann unterſucht werden muß, wie viel vom Zinſe auf jede einzelne Fruchtart zu rechnen iſt, und wie viel demgemäß jedem der Beiden davon zufällt, daß ferner der Zins ſehr häufig ſowohl für die Gebrauchsüberlaſſung, als für die Geſtattung des Fruchtbezugs gezahlt wird, und daß dann ebenfalls eine ſolche Zerlegung des Miethzins nöthig ſein wird. Alles dies wiederholt ſich, wenn der Uſusfruct im Laufe einer Miethperiode endet und nun feſtgeſtellt werden ſoll, was der Uſufructuar oder ſeine Erben noch vom Miether fordern können tt).

Mehr noch gleicht den natürlichen Früchten der Kanon, welcher von einem Superficiar oder Emphyteuten gezahlt wird, indem, wenn Seitens des Eigenthümers an einem zur Emphyteuſis oder Superficies vergabten Grundſtück ein Uſusfruct beſtellt iſt, der Uſufructuar nicht auf Grund eines von ihm eingegangenen Obligationsverhältniſſes die Zahlung beanſpruchen kann, ſondern nur und allein auf Grund ſeines dinglichen Rechts, alſo ſein Verhältniß dazu daſſelbe iſt, wie zu den natürlichen Früchten. Während im römiſchen Rechte dieſe unmittelbar aus dem Eigenthumsrechte fließenden Forderungsrechte durchaus vereinzelt ſtehen, iſt dagegen in unſerm heutigen Rechte die Anzahl derartiger realer Berechtigungen bekanntlich eine viel größere, und haben dadurch denn auch die fructus civiles einen viel weitern Umfang erhalten. Ob aber der Ertrag ſolcher Berechtigungen, die nicht in regelmäßigen, im Voraus beſtimmten Perioden, ſondern nur in ſeltenen, unvorhergeſehenen Fällen zur Ausübung kommen, dem Eigenthümer oder dem Uſufructuar zufallen, wird eine oft ſchwer zu löſende Frage ſein, bei deren Beantwortung der analog der ſeit-

rr) L. 27 pr. de usufr.

ss) Arg. leg. 58 pr. de usufr.

tt) L. 58 cit.

fähigt war. Dieſe Erträgniſſe als Früchte der dienenden Sache aufzufaſſen, war man aber in Rom um ſo geneigter, als es dort ſchon üblich war, einzelne Sachen bloß um deswillen zu haben, um ſie Andern gegen Entgelt zu überlaſſen, und ſo dieſes Entgelt dieſelbe ökonomiſche Bedeutung hatte, wie bei andern Sachen die dadurch producirten natürlichen Früchte. Beſonders ſcheinen ſtädtiſche Gebäude häufig gehalten zu ſein, um ſie zu vermiethen, und ſo wird wiederholt geſagt:

Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur [pp]).

Dem Falle, wenn der Uſufructuar die Ausübung ſeines Rechts gegen Entgelt veräußert hat, ſteht in dieſer Beziehung völlig der gleich, wenn er in Folge teſtamentariſcher Diſpoſition oder eines Vertrags in ein ſchon vom Eigenthümer begonnenes Pachtverhältniß eintreten muß, und das ihm kraft ſeines Uſusfructs zuſtehende Recht, jedem und alſo auch dem ſeitherigen Pächter die Benutzung zu unterſagen [qq]), in Folge deſſen nicht ausüben darf; denn der Miethpreis, der ihm in ſolchem Falle vom Pächter bezahlt wird, fließt ihm wieder nicht unmittelbar aus der Sache, ſondern in Folge jener teſtamentariſchen Beſtimmung und jenes Vertrags zu. Erwirbt er dann den Uſusfruct im Laufe einer Miethperiode, wie ſie zum Zwecke der Beſtimmung des Miethpreiſes gemacht werden, ſo frägt es ſich, wie viel er von dem für dieſe Periode zu entrichtenden Zinſe beanſpruchen darf. Dabei iſt, wie allgemein anerkannt wird, zu unterſcheiden, ob das Miethgeld als eine Renumeration für den gehabten Gebrauch, oder ob es für die gezogenen Früchte gegeben wird; im erſten Falle wird es unter dem frühern Eigenthümer und dem Uſufructuar nach Verhältniß der Zeit, in welcher jeder den ausſchließlichen Gebrauch beanſpruchen konnte, zu theilen ſein, da dann jeder einen Theil der Leiſtung gemacht hat, für welche der Zins bezahlt wird. Iſt er aber nur eine Renumeration für die Früchte, ſo kommt es darauf an, ob dieſe unter der Herrſchaft des Eigenthümers oder der des Uſufructuars percipirt ſind; denn da der Letztere ein Recht auf alle Früchte hat, die im Moment, wo der Uſusfruct anfängt, noch nicht

pp) L. 38 de usur. 22, 1; vgl. l. 7 § 1, l. 59 § 1 de usufr
qq) L. 59 § 1 de usufr.

getrennt sind, mögen sie auch längst reif sein rr), so erhält er auch allein, was für die Befugniß, diese Früchte einzuernten, bezahlt wird, wogegen er auch wieder keinerlei Anspruch hat, wenn die Früchte vor der Zeit seines Ususfructs eingeerntet sind ss). Es versteht sich, daß häufig beim Beginn des Ususfructs einzelne Früchte der Miethperiode bereits gewonnen sind, andere aber noch Theil der Hauptsache sind, und daß dann untersucht werden muß, wie viel vom Zinse auf jede einzelne Fruchtart zu rechnen ist, und wie viel demgemäß jedem der Beiden davon zufällt, daß ferner der Zins sehr häufig sowohl für die Gebrauchsüberlassung, als für die Gestattung des Fruchtbezugs gezahlt wird, und daß dann ebenfalls eine solche Zerlegung des Miethzins nöthig sein wird. Alles dies wiederholt sich, wenn der Ususfruct im Laufe einer Miethperiode endet und nun festgestellt werden soll, was der Usufructuar oder seine Erben noch vom Miether fordern können tt).

Mehr noch gleicht den natürlichen Früchten der Kanon, welcher von einem Superficiar oder Emphyteuten gezahlt wird, indem, wenn Seitens des Eigenthümers an einem zur Emphyteusis oder Superficies vergabten Grundstück ein Ususfruct bestellt ist, der Usufructuar nicht auf Grund eines von ihm eingegangenen Obligationsverhältnisses die Zahlung beanspruchen kann, sondern nur und allein auf Grund seines dinglichen Rechts, also sein Verhältniß dazu dasselbe ist, wie zu den natürlichen Früchten. Während im römischen Rechte diese unmittelbar aus dem Eigenthumsrechte fließenden Forderungsrechte durchaus vereinzelt stehen, ist dagegen in unserm heutigen Rechte die Anzahl derartiger realer Berechtigungen bekanntlich eine viel größere, und haben dadurch denn auch die fructus civiles einen viel weitern Umfang erhalten. Ob aber der Ertrag solcher Berechtigungen, die nicht in regelmäßigen, im Voraus bestimmten Perioden, sondern nur in seltenen, unvorhergesehenen Fällen zur Ausübung kommen, dem Eigenthümer oder dem Usufructuar zufallen, wird eine oft schwer zu lösende Frage sein, bei deren Beantwortung der analog der seit-

rr) L. 27 pr. de usufr.

ss) Arg. leg. 58 pr. de usufr.

tt) L. 58 cit.

her dargeſtellten Lehren zu erforſchende muthmaßliche Wille der Conſtituenten den leitenden Geſichtspunkt geben muß.

Wir haben bei den Unterſuchungen, welche wir zur Feſtſtellung des Begriffs der Früchte ſeither gemacht haben, eine Art des Uſusfructs ganz außer Augen gelaſſen, die in den Quellen grade hinſichtlich der vorliegenden Frage beſonders viel berückſichtigt iſt und ſich vorzüglich einer ſorgfältigen Ausbildung Seitens der römiſchen Jurisprudenz zu erfreuen hat. Wir meinen den Uſusfruct an einem Sklaven. So viel intereſſante Seiten derſelbe aber auch für die Kenntniß der Stellung der Sklaven im römiſchen Volksleben bietet, und ſo ſehr ſich auch für manche Inſtitute des Obligationenrechts wichtige Folgerungen aus der Geſtalt machen laſſen, in welcher ſie bei einem Zuſammentreffen mit einem ſolchen uſufructuariſchen Verhältniß erſcheinen, ſo hängt doch dies letztere mit Einrichtungen der römiſchen Welt voraus, die heutigen Tags mit allen ihren Conſequenzen untergegangen ſind, und wie deßhalb die vielen hierher bezüglichen Regeln unſerer Quellen durchaus unpraktiſch ſind, ſo vermögen ſie auch weiter nicht auf die Grundlehren vom Uſusfruct ein neues Licht zu werfen; um ſie aber für die erwähnten Inſtitute des Obligationenrechts auszubeuten, bedürfte es eines tiefern Eingehens in letztere, als es den uns hier geſtellten Grenzen entſprechen würde. Wir begnügen uns daher, die Hauptgeſichtspunkte kurz anzugeben, und im Einzelnen auf die Quellen ſelbſt zu verweiſen.

An den Kindern, welche von einer im Uſusfruct befindlichen Sklavin während deſſelben geboren werden, erwirbt der Uſufructuar keinerlei Anrecht [vgl. § 25 S. 205], vielmehr werden dieſe als Acceſſionen, nicht als Früchte der Mutter aufgefaßt[uu]). Von dem Eigenthum, dem Beſitz, den Obligationen u. ſ. w., welche durch den Sklaven erworben werden, gilt nur das als Frucht deſſelben, welches durch körperliche Arbeit (ex operis), wozu der bloße Abſchluß eines

---

uu) Paul. Rec. Sent. III 6, § 19; § 37 J. de rer. div. II, 1; l 27 pr. de her. petit. 5, 3; l. 68 pr. de usufr.; l. 28 § 1 de usur. et fruct. 22, 1.

Geſchäfts oder ſonſtige einfache Willensäußerung nicht gerechnet wird, oder welches mit Hülfe der zum Vermögen des Uſufructuars gehörenden Sache (ex re) erworben iſt[vv]). Darum hat der Uſufructuar keinen Anſpruch auf Erbſchaften, auf Legate und Geſchenke an den Sklaven[ww]) [es ſei denn, daß dieſe nur des Uſufructuars willen gemacht ſind[xx])], ferner nicht auf einen vom Sklaven gefundenen Schatz[yy]). Bei Erwerbungen durch oneroſe Geſchäfte bleibt es ſo lange zweifelhaft, wem dieſelben zufallen, bis entſchieden iſt, ob die Gegenleiſtung aus dem Vermögen des Uſufructuars, wozu natürlich auch das von dieſem dem Sklaven gegebene Peculium gehört[zz]), gemacht werde oder nicht, und kann es ſo Eigenthum, Beſitz und Obligationen mit ungewiſſen Subjecten geben[a²]). Sobald der Sklave nur ex re usufructuarii handelt, kann er für denſelben jeden Erwerb machen, der überhaupt von Sklaven gemacht werden kann, namentlich auch Anſprüche aus einem Miethvertrage erwerben, den er über ſeine eigenen Arbeitskräfte abſchließt [denn die operae gehörten ja zum Vermögen des Uſufructuars[b²])], ferner durch bloße Verträge ihm Exceptionen, durch Acceptilationen Liberationen[c²]), ſo wie durch Stipulationen jeder Art demſelben Klagrechte erwerben. Namentlich dies letztere Verhältniß wird ſehr detaillirt beſprochen und für die verſchiedenſten Fälle ausgebildet, und ſo finden wir Beſtimmungen darüber, wie es

---

vv) Paul. Rec. Sent. V. 7, § 3; Gai. II, § 91; Fragm. Vat. § 71; § 4 J. per quas pers. cuique acq. II, 9; § 2 J. per quas pers. nob. oblig. III, 28; l. 21, l. 25 § 7, l. 31 de usufr; l. 3 de oper. 7, 7; l. 10 § 3, l. 37 § 5 de acq. rer. dom. 41, 1; l. 1 § 8 de acq. poss. 41, 2.

ww) L. 45 de acq. hered. 29, 2; l. 22 de usufr.; l. 10 § 3, l. 43, l. 49 de acquir. rer. dom. 41, 1.

xx) L. 21, l. 22, l, 24 de usufr.; Vat. fragm. § 71.

yy) L. 63 § 3 de acq. rer. dom. 47, 1.

zz) L. 31 de usufr.; l. 24 de act. emt. vend. 19, 1.

a²) L. 12 § 5, l. 25 § 1 de usufr.; l. 43 de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 43 § 10 de evict. 21, 1.

b²) L. 25 § 2, l. 26 de usufr.

c²) Vat. fragm. § 72; l. 23 pr. de usufr.; l. 55 de pact. 2, 14; l. 63 de solution. 46, 3.

zu halten ſei bei Stipulationen zwiſchen dem Eigenthümer und dem Sklaven, oder dem Uſufructuar und dem Sklaven, wie bei einem Uſusfruct, der nur an einem ideellen Theil beſteht, wie weit ferner der Wille des Sklaven zu Gunſten des Eigenthümers oder des Uſufructuars wirken könne u. ſ. w[d]).

In allen dieſen Beſtimmungen können wir wieder den Grundgedanken entdecken, daß nur das auf den Uſufructuar übergehen ſoll, was als ein gewöhnliches Emolument des Eigenthums erſcheint, und worauf daher der Wille der Conſtituenten vermuthlich auch gerichtet geweſen iſt; wo dagegen ein außerordentlicher, unvorhergeſehener Fall den Erwerb herbeiführt, ſteht dieſer Wille dem Uſufructuar nicht mehr zur Seite, und das Recht des Eigenthümers erſcheint ſoweit unbeſchränkt. Dagegen ſteht es im entſchiedenſten Contraſte mit dem ganzen ſonſtigen Servitutenrecht, wenn der Uſufructuar dieſe Früchte der Sklaven ohne eigene Thätigkeit (ipso iure) erwirbt, und von der Forderung der Perception hierbei ganz abgegangen werden muß. Allein ſein Recht beſchränkt ſich nicht bloß auf die Körperthätigkeit des Sklaven, ſondern ergreift auch deſſen Willen, und dieſer erſetzt daher auch, ſo weit das Recht des Uſufructuars reicht, die Willensthätigkeit des Letztern in derſelben Weiſe, wie er ſonſt Willenshandlungen des Eigenthümers überflüſſig machen kann. Daß dem Uſufructuar auch ohne ſein Wiſſen Eigenthum, Beſitz, Obligationen u. ſ. w. vom uſufructuariſchen Sklaven erworben werden können, entſpricht demnach dem ganzen römiſchen Sklavenrecht, welches demgemäß auch die Klagen, die gegen die Eigenthümer auf Grund der von dem Sklaven abgeſchloſſenen Obligationen gegeben wurden, unter analogen Vorausſetzungen gegen den Uſufructuar gewährte[e]).

---

d[2]) L 24 und l. 25 de neufr.; l. 37 § 3 und § 5 de aquir. rer. dom. 41, 1; l. 98 § 7 de solution. 46, 3; l. 1 § 5, l. 18 § 3, l. 22 — l. 24, l. 27, l. 28, l. 31, l. 32, l. 33 § 1 de stipul. servor. 45, 3.

e[2]) Die Peculienklage nach l. 2, l. 19 § 2, l. 37 § 3 de pecul. 15, 1; l. 1 § 9 quando de pecul. act. annal 15, 2; die *actio quod iussu* nach l. 1 § 8 quod iussu 15, 4; die *actio de in rem verso* nach arg. leg. 13 de in rem vers. 15, 3; „*ceteraeque actiones honorariae*“ nach l. 2 de pecul.

Auch am Schluſſe dieſes Paragraphen möchte es räthlich ſein, eine Ueberſicht über die Schutzmittel zu geben, welche dem Eigenthümer zur Seite ſtehen, um ſich gegen Uebergriffe des Uſufructuars in Beziehung auf die Erzeugniſſe der dienenden Sache zu ſchützen, indem Letzterer vermöge ſeines Anſpruchs auf die Detention der Hauptſache ſich meiſtens in einer Lage befinden wird, wo er nach Belieben auf die Erzeugniſſe einwirken kann. Sobald dieſe jedoch überall nicht den Charakter von Früchten haben, iſt auch, wie ſchon erwähnt, eine wirkſame Perception derſelben durch den Uſufructuar nicht möglich, und kann daher der Eigenthümer ſie, wenn er ſie nicht etwa durch Verjährung verloren hat, von jedem Beſitzer [dem der fictus possessor natürlich gleichſteht] vindiciren. Häufig wird dann auch in der unberechtigten Anmaßung ſolcher Erzeugniſſe ein Delict liegen, und kann daher eine actio und condictio furti oder eine actio legis Aquiliae gegen den Uſufructuar erhoben werden, wie auch das interdictum Quod vi aut clam angeſtellt werden kann, wenn etwas als Frucht losgelößt wird, welches nicht den Character einer Frucht hat, vorausgeſetzt, daß dieſe Loßlöſung als ein opus erſcheint, wie dieſer Begriff für das interdictum Quod vi aut clam feſtgeſtellt wird[f2]). Das allgemeinſte und überall anwendbare Mittel des Eigenthümers wird aber wieder die actio ex stipulatu ſein, da in der Caution ausdrücklich verſprochen war, zu reſtituiren, was bei regelrechter Ausübung des Uſusfructs von der Sache übrig ſein werde, und die Erfüllung dieſes Verſprechens unmöglich wird, wenn der Uſufructuar mehr Theile der Sache verwendet, als ihm zuſtanden[g2]).

§ 53.

Die auf dem Uſufructuar ruhenden Laſten.

Wir haben ſeither gefunden, wie die dem Uſufructuar bei der Uſusfructbeſtellung anſcheinend ganz allgemein überlaſſene Befugniß, die Sache zu gebrauchen und Früchte daraus zu ziehen, doch auf

f2) Vgl. z. B. l. 9 — l. 12 quod vi aut clam. 43, 24.

g2) L. 1 pr. usufruct. quemadm. caveat. 7, 8.

Grund des muthmaßlichen Willens der Conſtituenten gar mannigfache Beſchränkungen erleidet; auf denſelben Grund wird zurückgegangen werden müſſen, um zu beſtimmen, welche Laſten der Uſufructuar übernehmen muß. Allerdings wird die Verpflichtung deſſelben zur Leiſtung gewiſſer Präſtanda in den Quellen durch die von ihm beſtellte Caution zu begründen geſucht; aber daß eine ſolche beſtellt werde, das gilt, wie oben ausgeführt iſt, als eine Bedingung, die von den Conſtituenten ſtillſchweigend oder ausdrücklich der Uſusfructerrichtung zugefügt iſt, und was daher das allgemeine Verſprechen derſelben, se boni viri arbitratu usurum fruiturum esse, im Einzelnen bedeute, wird dadurch beſtimmt werden müſſen, daß man auf den wahrſcheinlichen Willen derer zurückgeht, welche dieſe Caution anordneten.

Der Zweck einer Uſusfructbeſtellung iſt ja nun in der zeitweiligen Ueberlaſſung der regelmäßigen Vortheile des Eigenthums an der betreffenden Sache zu ſuchen; aber es frägt ſich, dachten die Conſtituenten dabei an die ganze Fülle der Vortheile, wie ſie an und für ſich aus der Sache hervorgehen, oder ſetzten ſie die Nachtheile in Abrechnung, welche überall und immer mit dem Halten der fraglichen Sache verbunden zu ſein pflegen, ſo wie es jeder Hausvater zu machen pflegt, wenn er die Vortheile einer ſolchen Sache erwägt, — wollten ſie alſo dem Uſufructuar den natürlichen Ertrag zuwenden, oder den ökonomiſchen (Reinertrag). Für den letztern wird überall, wo nichts anders ausdrücklich beſtimmt iſt, zu präſumiren ſein. Denn ſchon dadurch, daß im Gefolge der Befugniß zum uti frui auch immer die Befugniß, die Sache körperlich zu detiniren, auf den Uſufructuar übergeht, wird er meiſten Theils auch allein die factiſche Möglichkeit haben, die Handlungen vorzunehmen, welche regelmäßig an und mit der Sache gemacht werden müſſen, um ſie im gehörigen Stande zu erhalten. Wollten die Conſtituenten ihm alſo den ganzen natürlichen Ertrag der Sache zuwenden ohne ihm die Verpflichtung aufzulegen, aus demſelben auch die zur Erhaltung der Sache nöthigen Verwendungen zu machen, ſo würde das Eigenthum fortwährend gefährdet und von dem Belieben des Uſufructuars abhängig ſein; es würde ferner, da der Letztere doch gewöhnlich dieſe Handlungen vornehmen würde, um ſich die Sache zu erhalten, eine

große Masse einzelner Obligationen zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer entstehen, indem der Usufructuar Ersatz für die Verwendungen als Negotiorum Gestor oder doch wenigstens auf dem Wege der Retention verlangen und so das einfache Verhältniß des Ususfructs mit Nothwendigkeit eine Menge complicirter Rechtsverhältnisse im Gefolge haben würde. Daß das der Wille der Constituenten gewesen sei, erscheint unwahrscheinlich, und zwar um so mehr, als sonst der Eigenthümer in gar vielen Fällen unverhältnißmäßig belastet sein würde, indem er jeden Vortheil der Sache für die Dauer des Ususfructs entbehren, und doch alle Unterhaltungskosten u. s. w. tragen müßte, ja das könnte häufig, z. B. wenn ein Ususfruct an Thieren oder Sklaven bestellt ist, dahin führen, daß der Eigenthümer ganz auf sein Eigenthum verzichtet, da die Lasten desselben den künftig zu erwartenden Vortheil bei Weitem überwiegen möchten. Wie demnach die Billigkeit dafür spricht, daß, wer die Vortheile einer Sache hat, auch die Lasten trage, welche unausbleiblich aus derselben hervorgehen, so werden auch die Constituenten nur die Vortheile, welche das Eigenthum nach Abzug dieser Lasten gewährt, auf den Usufructuar haben übertragen wollen, und in dem uti frui secundum boni viri arbitrium, welches der Usufructuar zu geloben hat, soll darum auch das Versprechen enthalten sein, daß er mit der usufructuarischen Sache alle die positiven Handlungen vornehme, welche ein sorgfältiger Mann regelmäßig mit seiner eigenen Sache vorzunehmen pflegt, um dieselbe in guten Stand zu erhalten[a]), und zwar ohne daß er deßhalb Ersatz für die aufgewandten Kosten verlangen könne[b]). Demgemäß ist seine Stellung gegenüber der körperlichen Sache, die er in Händen hat, durch ein Obligationsverhältniß geregelt, und er steht denen, welche in Folge von Contracten fremde Sachen detiniren, durchaus gleich. Da er nun aus einem Rechtsgeschäft verpflichtet ist, welches ihm zum Vortheil dient, so haftet er für jeden Grad der Culpa[c]).

a) L. 13 § 2 de usufr.

b) L. 4 de op. serv. 7, 7.

c) L. 2 usufr. quemadm. 7, 9. — nam fructuarius custodiam praestare debet. — L. 65 pr. de usufr. 7, 1. Debet omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit. et ipse facere.

Wenn wir nun alſo den letzten Grund dieſer Verpflichtung des Uſufructuars in dem Willen der Conſtituenten ſuchen, ſo liegt in dieſem auch wieder die Grenze jener Verpflichtung, indem der Uſufructuar nur die Handlungen vornehmen muß, welche jene ihm vermuthlich aufbürden wollten, und alſo, was davon die Bedingung iſt, vorausſehen konnten. Daraus folgt, daß er alles das zur Erhaltung und zum Schutz der Sache thun muß, was regelmäßig von jedem ſorgſamen Mann ununterbrochen oder in beſtimmt wiederkehrenden Perioden vorgenommen wird, daß aber ſeine Verpflichtung aufhört, wo die Verwendungen durch unerwartete, außerordentliche Ereigniſſe herbeigeführt werden, oder doch wenigſtens durch ſolche, welche nur in weiten Zeiträumen und nicht etwa in jeder einzelnen oder doch in wenigen Fruchtperioden wiederzukehren pflegen. Dies ſind die Principien, die wir in den folgenden Anwendungen wiedererkennen werden.

Beim Uſusfruct an Grundſtücken muß der Uſufructuar, wenn nicht etwa von den Conſtituenten ausdrücklich anders beſtimmt iſt[d]), alle auf der uſufructuariſchen Sache haftenden öffentlichen Abgaben entrichten, mögen ſolche ordentliche oder außerordentliche ſein, von den Municipien oder vom Fiskus erhoben werden, in Naturallieferungen oder in Gelde beſtehen[e]); [denn die Abgabepflicht erſcheint als eine regelmäßige Laſt des Grundſtücks, wenn auch der Umfang derſelben bald größer oder geringer iſt]. Sodann hat der Uſufructuar alle Handlungen vorzunehmen, welche nöthig ſind, um das Grundſtück in ſeinem jetzigen Rechtsverhältniß zu erhalten, alſo inſonderheit die Uſucapion deſſelben durch einen Dritten zu verhindern[f]), und dem analog auch nicht Servituten und derartige Rechte an der Sache durch langjährige Ausübung entſtehen zu laſſen, ferner Sorge zu tragen, daß die dem uſufructuariſchen Grundſtücke zuſtehenden Servituten nicht in Folge von Nichtgebrauch erlöſchen[g]). Aber auch den körperlichen Beſtand des Grundſtücks muß er möglichſt zu erhalten ſuchen, und daher darf er nicht dulden, daß die Waſſerleitungen

d) L. 52 de usufr.

e) L 7 § 2, l. 27 § 3 de usufr.; l. 28 de usu leg. 33, 2. Er ſoll nach der citirten l. 7 § 2 auch die alimenta ab ea re relicta präſtiren.

f) L. 1 § 7 usufr. quemadm. 7, 9.

g) L. 15 § 7 de usufr.

deſſelben verkommen, ſo wie er auch den Acker regelmäßig beſtellen muß[h]), weil während jeder Fruchtperiode der Uſusfruct ablaufen kann, und die Sache dann ohne dieſe Beſtellung nicht in dem gehörigen Zuſtand reſtituirt werden könnte. Die Pflanzen, welche er aus dem Boden entnimmt, muß er durch neue in herkömmlicher Weiſe erſetzen[i]); ebenſo muß er da, wo regelmäßig jedes Jahr einzelne Pflanzen abzuſterben pflegen, durch Nachpflanzungen den Beſtand erhalten[k]). Allerdings iſt es, wenn man nur den einzelnen Baum im Auge hat, ein außerordentliches Ereigniß, daß grade dieſer in dieſem Jahre abſtirbt, und man könnte ſo aus der obigen Regel folgern, der Uſufructuar ſei nicht zum Erſatz verpflichtet; allein nicht der einzelne Baum iſt der Gegenſtand des Uſusfructs, ſondern der Wald, der Oelgarten u. ſ. f., und daß in dieſem innerhalb eines oder mehrerer Jahre einzelne Bäume in Folge von Alter abſterben, iſt eine regelmäßige Erſcheinung, welche die Conſtituenten gewiß vorausſehen konnten, wie ja jeder Eigenthümer, der von Zeit zu Zeit in ſeinem Walde Nachſchau hält, regelmäßig finden wird, daß hier und da Erſatz nöthig iſt; dieſen wird der Wille der Conſtituenten drum auch wahrſcheinlich vom Uſufructuar gefordert haben. Daraus ergiebt ſich, daß wenn ein ſolches Abſterben in Folge außerordentlicher Naturereigniſſe, z. B. übergroßer, anhaltender Wärme, oder bei einer Baumart geſchieht, bei der es ganz ungewöhnlich iſt und nicht erwartet werden konnte, jene Verpflichtung aufhören muß, und ſo wird auch da, wo ein Uſusfruct an einem oder mehreren Bäumen und nicht an einem Walde beſteht, die obige Regel nicht Platz greifen können, da eben das Ausgehen des einzelnen Baumes ein außerordentliches Ereigniß iſt, welches noch dazu die uſufructuariſche Sache vernichtet[l]). Wo ein Baum durch den Wind ausgeriſſen wird, braucht der Uſufructuar ihn ebenfalls nicht zu erſetzen[m]).

---

h) L. 13 § 1 de usufr.

i) So bei einer Baumſchule l. 9 § 6 de usufr.

k) § 38 J. de rer. dfv. II, 1; l. 7 § 3, l. 13 § 2, l. 18 de usufr.

l) Ebenſo braucht der Uſufructuar einzelner Thiere, wenn dieſe ſterben, dieſelben nicht aus den Jungen zu erſetzen, wie es nach § 52 S. 486 der Uſufructuar einer Heerde muß, vgl. l. 70 § 3 de usufr.

m) L. 59 pr. de usufr.

Befinden ſich Gebäude im Uſusfruct ſo hat er nicht nur Alles zu thun, was regelmäßig zur Abwendung von Beſchädigungen zu geſchehen pflegt, ſondern auch die kleinen Reparaturen, wie ſie wiederholt nöthig ſind, rechtzeitig vorzunehmen[n]), und da wird in den Quellen beſonderer Nachdruck darauf gelegt, daß er das Dach heil erhalten ſoll [sarta tecta habere][o]), indem dies ja auch eine ſtändige und regelmäßige Sorge jedes Hausvaters ſein muß. Nur da, wo die gewöhnliche Reparatur nicht mehr ausreicht, ſondern das ganze Dach von Grund auf neu hergeſtellt werden muß, weil es etwa ſchon zu alt iſt, hört dieſe ſeine Verpflichtung auf[p]) — alſo wiederum eine Anwendung der obigen Regel.

Beim Uſusfruct an Sklaven, muß der Uſufructuar denſelben nicht nur den nöthigen Lebensunterhalt geben, ſondern er ſoll dies auch in der Weiſe thun, wie es für Sklaven dieſer Gattung angemeſſen und üblich iſt, er ſoll ſie kleiden und nähren secundum ordinem et dignitatem[q]), ja er ſoll auch bei Krankheiten derſelben für Heilung ſorgen und den dazu nöthigen Aufwand beſtreiten[r]), ſo daß auch dieſer als eine mit dem Halten von Sklaven gewöhnlich verbundene Ausgabe angeſehen wurde.

Zur Erfüllung dieſer Obliegenheiten beziehungsweiſe zum Erſatz jedes Nachtheils, welcher dem Uſufructuar aus der Nichterfüllung derſelben erwächſt, kann derſelbe ſowohl während der Dauer des Uſusfructs, als auch nach Vollendung deſſelben mit der Klage aus der Caution angehalten werden[s]), ja wenn in ſeiner Abweſenheit der Eigenthümer der Sache die nöthigen Handlungen für ihn vorgenommen hat und im vollen Bewußtſein davon, daß er eine fremde Obliegenheit erfülle [quasi negotium eius gerens], ſo ſoll er die actio negotiorum gestorum contraria, wie jeder andere, gegen den Uſufructuar anſtellen

n) Die Materialien dazu darf er, ſoweit es ohne unverhältnißmäßige Beſchädigung möglich iſt, aus dem Grundſtück entnehmen, vgl. § 52 S. 487.

o) L. 7 § 2 de usufr.; l. 7 C. de usufr. 3, 33.

p) L. 7 § 2 de usufr.

q) L. 15 § 2 de usufr.

r) L. 45 de usufr. — et valetudinis impendia ad eum respicere natura manifestum est.

s) L. 7 § 2, l. 13 § 2 de usufr.

können, obgleich er ſich doch auch zugleich ſelbſt gegen Nachtheil geſchützt hat t). Noch eine weiter gehende Befugniß ſcheint dem Eigenthümer in l. 50 de usufructu gegeben zu werden u), da ihm hier geſtattet wird, dem Uſufructuar, der noch nicht zur Ausübung des Uſusfructs gelangt iſt, dieſelbe ſo lange zu verweigern, als bis er für die Verbeſſerungen, welche der Eigenthümer ſeit der Conſtituirung des Uſusfructs gemacht hat, Erſatz geleiſtet hat, ohne daß der Juriſt es nöthig findet, vorher zu unterſuchen, ob der Eigenthümer denn auch wirklich nur alſo um des Uſufructuars willen verfahren und ſo durch die Gerirung fremder Geſchäfte einen Anſpruch auf Erſatz erworben habe. Ja dieſes könnte um ſo auffallender erſcheinen, als der Bau einer ganz neuen Scheune nach dem Obigen keineswegs zu den Obliegenheiten des Uſufructuars gehört, zu denen er vom Eigenthümer gezwungen werden kann, ſondern er vielmehr, wenn er eine derartige Verbeſſerung freiwillig vornimmt, wie er es nach den Ausführungen in § 50 darf, der Koſten halber nach Beendigung des Uſusfructs das Grundſtück retiniren kann, bis er vom Eigenthümer Erſatz bis zum Belauf des Werths der dadurch geſchehenen Verbeſſerung erlangt hat (ſ. den flgd. § 54). Demnach kann der Eigenthümer hier ſchwerlich als Negotiorum Geſtor des Uſufructuars aufgefaßt werden. Der Grund der obigen Entſcheidung des Paulus iſt aber, wie regelmäßig überſehen iſt, in einem ganz andern Verhältniß zu ſuchen. Der Titia iſt nur der Uſusfruct zur ideellen Hälfte vermacht worden, und ſie tritt dadurch mit dem Eigenthümer, dem die andere Hälfte der Nutzungen verbleibt, in eine Art von Communionsverhältniß (ſiehe § 55). Wie nun jeder von mehreren Miteigenthümern einer Sache Erſatz für die Verwendungen, die er mit Erfolg zur Verbeſſerung der Sache gemacht hat, im iudicium

t) L. 48 pr. de usufr.

u) Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit, eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiae usumfructum Titiae praestaret; Maevius villam vetustate corruptam, necessariam cogendis et conservandis fructibus, aedificavit; quaesitum est, an sumtus partem pro portione ususfructus Titia agnoscere debeat? Respondit Scaevola, si priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere, quam eius sumtus ratio haberetur.

communi dividundo oder, wenn er im Beſitz der ganzen Sache iſt, vermittelſt Retention beanſpruchen kann, ſo können auch die mehreren Nutzungsintereſſenten ihre zum Zweck der Geſammtnutzung gemachten Ausgaben gegenſeitig in Berechnung bringen; dabei können aber Schwierigkeiten entſtehen, wenn Eigenthümer und Uſufructuare, wie in dem vorliegenden Falle, in der Nutzungsbefugniß concurriren, indem dann bei Ausgaben, die von den Eigenthümern gemacht worden ſind, die Frage nahe liegt, ob dieſe der Nutzung wegen und alſo für Rechnung der Quaſicommunion gemacht ſind oder nur des Eigenthums wegen. Bei manchen wird das Letztere auf der Hand liegen, wie z. B. wenn ein Eigenthümer Ausgaben macht, um einen Schatz auf dem uſufructuariſchen Grundſtück zu finden, da der Uſufructuar auf dieſen ja keinen Anſpruch erhält, und alſo auch nicht ſeinetwegen Verwendungen gemacht ſein können. Bei andern wird ſich dagegen ſofort erkennen laſſen, wie ſie nur zum Beſten der Nutzungsberechtigten gemacht ſind, z. B. wenn der Eigenthümer für die Beſtellung des Ackers oder für einen ſonſtigen Act, der nach dem Obigen dem Uſufructuar obzuliegen pflegt, Auslagen gemacht hat; bei andern endlich kann es zweifelhaft ſein, ob ſie für die Nutzungsintereſſenten oder für die Eigenthümer als ſolche gemacht ſind, indem ſie einer Seits die Nutzung erleichtern oder vortheilhafter machen, anderer Seits aber auch der Sache eine über die Zeit des Uſusfructs hinaus dauernde Verbeſſerung gewähren. Wollte man nun da ſagen, es müſſe das Verhältniß, in welchem dem Nutzungsintereſſen und dem Eigenthümer dadurch Vortheil gewährt werde, auf Ziffern reducirt und demgemäß von beiden Partieen contribuirt werden, ſo würde die Regelung des Verhältniſſes bei der Ungewißheit über die Dauer des Uſusfructs und demgemäß über die Größe des Nutzens, welchen der Uſufructuar wirklich aus der Verbeſſerung ziehen wird, bis nach Beendigung des Uſusfructs unterbleiben müſſen und ſelbſt dann noch Gegenſtand unendlicher Streitigkeiten werden können. Darum giebt Paulus in der obigen Stelle ein anderes Mittel an die Hand; er ſagt, kommen die gemachten Ausgaben wirklich dem Uſufructuar zu Gute, ſo ſoll er nach Verhältniß ſeiner Quote an der Nutzung zuſchießen. Damit iſt aber die Sache nicht abgemacht, ſondern ſoweit der Uſufructuar nach Beendigung des Uſusfructs dem derzeitigen

Eigenthümer gegenüber die Erſtattung aller der Impenſen durch Retention der körperlichen Sache durchſetzen kann, welche er, ohne dazu verpflichtet zu ſein, zur wirklichen dauernden Verbeſſerung der Sache gemacht hat, ſoweit muß er auch Erſtattung der Koſten von gleicher Art verlangen können, die Andere auf die Sache gemacht haben, und die er hat erſetzen müſſen. Man könnte aber dagegen einwenden, warum der Uſufructuar erſt dem Eigenthümer bezahlen ſolle, was er ſpäter von dem Eigenthümer wieder reſtituirt erhält; allein abgeſehen davon, das es nicht nothwendig mehr derſelbe Eigenthümer iſt, der nach Beendigung des Uſusfruct die Herausgabe der Sache verlangt, ſondern es auch ein Singularſucceſſor ſein kann, ſo iſt es doch immer für den Eigenthümer viel werth, während ihm die Nutzung der Sache für die Dauer des Uſusfructs zur Hälfte entzogen iſt, doch wenigſtens die Summe, welche er auf dieſe Hälfte verwandt hat, zur freien Benutzung für dieſe Zeit zurückzuerhalten, und da ferner bis zur Beendigung des Uſusfructs auch der Vortheil, welchen die Sache aus jenen Verwendungen gezogen hat, ſchon wiederaufgehoben ſein kann, ſo iſt es möglich, daß der Uſufructuar keinen Grund mehr zur ſpätern Rückforderung hat.

Aus dem Obigen geht hervor, daß die Regel der l. 50 de usufr. lediglich auf den Fall zu beſchränken iſt, wo aus dem Eigenthum nur ein ideeller Theil des Uſusfructs abgelöſt iſt und daher ein communionsartiges Verhältniß zwiſchen Uſufructuar und Eigenthümer beſteht, daß aber aus derſelben keine allgemeinen Regeln über die Obliegenheiten des Uſufructuars abgeleitet werden dürfen. Die Befugniß des Eigenthümers Erſatz für Verbeſſerungen der Sache fordern zu können, geht demnach auch nur ſo weit, als die Verpflichtung des Uſufructuars geht, ſelbſt dieſe Verbeſſerungen zu machen, und wird demgemäß auch in den Stellen, wo davon die Rede iſt, welche Veränderungen der Eigenthümer während des Beſtehens des Uſusfructs mit der Sache eigenmächtig machen kann, und zu welchen er der Zuſtimmung des Uſufructuars bedarf, niemals erwähnt, daß er Reſtitution der Koſten ganz oder theilweiſe erlangen könne[v]). Allein

v) So z. B. wenn er der Sache Servituten erwirbt l. 15 § 7 de usufr. Außerdem vgl. l. 12 de usufr. leg. 33, 2.

auch in den Fällen, wo an und für ſich der Eigenthümer als Negotiorum Geſtor des Uſufructuars auftreten kann, iſt er doch zu einer Klage auf Erſatz nur dann ermächtigt, wenn der Uſufructuar ſich wirklich in Ausübung des Uſusfructs befindet und daher wenigſtens Detentor der körperlichen Sache iſt; wo er das nicht iſt, und wo er alſo ſein Recht auf das uti frui ſo, wie es ihm ſtets frei ſteht, gar nicht ausübt, da kann auch nicht von ihm verlangt werden, daß er beſtimmte Handlungen zum Beſten der Sache vornehmen oder, wenn Andere ſie vornehmen, die Koſten derſelben bezahle. Denn der Rechtsgrund derartiger Verpflichtungen kann nur in ſeinem Verſprechen geſucht werden, daß er, wenn er brauche, arbitrio boni viri brauchen wolle, und wo er daher gar nicht ſein Recht ausübt, kann auch von keinerlei Verpflichtung die Rede ſein, und der Eigenthümer hat dann ja ſelbſt ein Recht auf die Nutzungen (vgl. § 6 S. 43) und kann ſich daher ſelbſt daraus bezahlt machen. Demgemäß kann denn auch der Uſufructuar ſich jeder Zeit dadurch von allen Obliegenheiten befreien, daß er die Ausübung aufgiebt[w]), und das konnte er ſelbſt noch dann, wenn bereits ein Arbitrium ergangen war, welches ihm Reparaturen u. ſ. w. auflegte. Dieſe Dereliction ſchloß die Condemnation aus[x]). Doch wenn dadurch, daß die Obliegenheiten nicht zur gehörigen Zeit erfüllt waren, bereits ein poſitiver Schaden entſtanden war, als der Uſufructuar ſeinen Willen, zurückzutreten, zu erkennen gab, ſo muß er noch für allen dieſen Schaden haften[y]), und ferner genügt es auch nicht, um von allen Verpflichtungen frei zu werden, wenn er bloß aus jedem Verhältniß zu der Sache heraustritt, wie man aus dem Wortlaut der l. 64 und l. 65 de usufr. folgern könnte, da dort als Mittel, um von der Reparaturpflicht frei zu werden, das usumfructum derelinquere genannt wird, ſondern er muß dieſelbe wieder der Gewalt des Eigenthümers übergeben, oder um ein Beiſpiel zu brauchen, wenn er den Uſusfruct an einem Pferde hat, ſo kann er ſein Recht nicht in der Weiſe aufgeben, daß er das Pferd laufen läßt, ſondern er muß es dem Eigenthümer zurückerſtatten.

---

w) L. 48 pr., l. 64 de usufr.

x) L. 64 de usufr.

y) L. 65 de usufr.

Das folgt aus ſeiner Verpflichtung zur custodia, welche er durch die Caution übernommen hat[z]), ſo wie insbeſondere auch aus dem zweiten Theil der Caution, welcher ſich ja grade auf die Reſtitution bezog[aa]).

Dabei entſteht aber auch noch die Frage, ob der Uſufructuar dann, wenn er ſich von den Obliegenheiten befreien will, jedesmal für alle Zeiten auf ſein Recht verzichten muß, oder ob es ſchon genügt, wenn er die Sache zeitweilig an den Eigenthümer zurückgiebt und ſich dabei vorbehält, dieſelbe ſpäter wieder abzuholen. Die Quellen ſprechen in dieſem Falle immer nur von einem recedere ab usufructu oder von einem derelinquere usumfructum[bb]), alſo in Ausdrücken, die wohl nur auf ein gänzliches Aufgeben des Uſusfructs zu beziehen ſind. Wie es aber überhaupt vom Willen des Servitutberechtigten abhängt, jeder Zeit die Ausübung zu unterlaſſen und wiederaufzunehmen, ſo muß auch dem Uſufructuar ein zeitweiliger Rücktritt geſtattet und demgemäß auch der Eigenthümer zur Annahme der ihm nur für einige Zeit zurückgegebenen Sache verpflichtet ſein, nur daß durch das vom Uſufructuar in der Caution ertheilten Verſprechen, nach den Grundſätzen der bona fides bei der Ausübung ſeines Rechts zu verfahren, dieſe Befugniß und die ihr entgegenſtehende Verpflichtung manche Modification erleiden wird. So wird der Verzicht immer wenigſtens für eine ſo lange Zeit geſchehen müſſen, daß der Eigenthümer auch wirklichen Vortheil aus der ihm geſtatteten freien Benutzung zu ziehen vermag, und keineswegs wird der Uſufructuar, wenn er z. B. in der Jahreszeit, wo die Sache keinerlei Nutzen gewährt, auf dieſelbe nicht die ſchuldige custodia verwenden mag, ſie nur für dieſe Zeit dem Eigenthümer übertragen dürfen, ſondern dieſer wird die Annahme verweigern können, wenn ihm nicht auch ein Vortheil geboten wird, welcher der ihm dadurch entſtehenden Beläſtigung wenigſtens entſprechend erſcheint. Denn ſonſt wäre er fortwährend der Chikane ausgeſetzt, wie ſie in dem Willen der Conſtituenten ſicherlich nicht begründet war, und er müßte ſich während

z) L. 2 usufr. quemadm. 7, 9.

aa) L. 1 § 1 daſelbſt.

bb) L. 48, l. 64 und l. 65 de usufr.

der ganzen Dauer des Ususfructs stets in Bereitschaft halten, jeder Zeit, wenn es dem Usufructuar gut dünkt, die Sache für diesen zu hüthen und zu bewahren. Zu diesen durch die Rücksicht auf die bona fides gebotenen Beschränkungen des Usufructuars, wird aber auch weiter gehören, daß er durch die zeitweilige Rückgabe dem Eigenthümer nicht Lasten aufbürden kann, die außer Verhältniß zu den Vortheilen stehen, die Letzterem die zeitweilige freie Benutzung zu gewähren vermag, und überläßt er daher diesem die Detention in einem Moment, wo die Sache bedeutender Reparaturen bedarf, oder sonst Verwendungen auf sie zu machen sind, wie sie, wenn er in der Ausübung geblieben wäre, nach den obigen Grundsätzen von ihm hätten gemacht werden müssen, so wird der Eigenthümer, wenn er während seiner Detention diese Verwendungen gemacht hat, so lange den Usufructuar mit seinen Ansprüchen auf Wiederbenutzung des Ususfructs zurückweisen können, als nicht der Zeitraum abgelaufen ist, für welche jene Verwendungen Wirksamkeit haben, und also die Sache wieder in einen ähnlichen Zustand ist, wie bei der Rückgabe, und wieder ähnlicher Reparaturen bedarf, oder als sich nicht der Usufructuar zum Ersatz der Verwendungen des Eigenthümers oder wenigstens des Theils derselben, um welchen die Sache noch zur Zeit gebessert ist, bereit erklären sollte.

Mit der oben aufgestellten und seither besprochenen Regel, wonach der Usufructuar alle die Lasten tragen muß, welche in den Augen der Constituenten als eine regelmäßige Minderung des Ertrags der Sache erscheinen, daß seine Verpflichtung aber da aufhört, wo außerordentliche Ereignisse auch außerordentliche und seltene Mittel zur Erhaltung der Sache nöthig machen, scheint es in Widerspruch zu stehen, daß in zwei Verhältnissen an den Usufructuar Anforderungen gestellt werden, die keineswegs auf den muthmaßlichen Willen der Constituenten zurückgeführt werden können, — er muß nämlich, wie schon oben § 8 S. 78 erwähnt ist, im Fall der Ususfruct an einem Sklaven besteht, Zuschuß leisten, wenn der Eigenthümer wegen eines Delicts des Sklaven, um die noxae deditio desselben zu vermeiden, die Anforderungen des Beschädigten befriedigen will, widrigenfalls

der Prätor ihm jede Klage aus dem Ususfruct verweigert cc) — und er muß im Fall des Ususfructs an einem Gebäude, sobald der Eigenthümer einem Dritten wegen Baufälligkeit des Hauses eine cautio de damno infecto bestellt hat, demselben diese Caution ganz oder zum Theil abnehmen, beziehungsweise Zuschuß zahlen, wenn er daraus schon Schadenersatz hat leisten müssen. Beide Fälle finden allerdings nur außerordentlicher Weise statt, und man kann die erwähnten Verpflichtungen nicht als eine regelmäßig mit dem Halten von Sklaven oder dem Innehaben eines Gebäudes verbundene Last auffassen, zumal sich auch dann nicht rechtfertigen ließe, warum dieselbe zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar getheilt sei und nicht vielmehr, wie alle andere regelmäßige Lasten, dem Letztern allein obliege; — wie aber diese Belastung des Usufructuars einen durchaus anomalen Character trägt und, da sie nur in singulären Gründen, die diesen Fällen ausschließlich angehören, ihren Grund hat, in keiner Weise benutzt werden kann, um die allgemeine Regel über den Umfang der usufructuarischen Verpflichtung aufzufinden, wird sich am besten erweisen lassen, wenn wir auf das für uns in mehrfacher Beziehung interressante Verhältniß von Eigenthümer und Usufructuar rücksichtlich der Noxalklagen und der cautio de damno infecto an diesem Orte näher eingehen und dasselbe einer erschöpfenden Behandlung unterziehen.

Der nächste Zweck der bereits in den Zwölf-Tafeln anerkannten Noxalklagen ist, wie wir schon § 7 S. 69 erwähnten, nicht etwa der, daß die Furcht vor den Folgen derselben den Herrn zu einer strengern Disciplin antreiben soll, und sie setzen daher auch nicht irgend eine wirkliche oder vermuthliche Culpa des Verklagten voraus, sondern sie wollen nur dem, welcher durch einen fremden Sklaven verletzt ist, die Möglichkeit verschaffen, sich an dem Delinquenten Rache zu nehmen, indem sie den seitherigen Herrn nöthigen, den Sklaven der Gewalt des Verletzten zu überlassen, wenn er es nicht vorzieht, das Delict seines Sklaven auf dieselbe Weise zu sühnen, als ob es durch einen freien Menschen begangen sei, also dadurch, daß er die betreffende Entschädigung oder Geldstrafe an den Verletzten

cc) L. 17 § 1, l. 27 pr. de noxal. act. 9, 4.

entrichtet, und demnach gilt er nur als Vertreter des Sklaven, wenn gegen ihn die Anſprüche aus dem Delict des Sklaven erhoben werden [dd]). Von dieſer Vertretung kann er ſich nun zwar ſtets dadurch frei machen, daß er den Sklaven noxae dedirt, und zwar kann er das ſowohl vor Anſtellung der Klage, als nach der Litisconteſtation, ja ſelbſt nach der Condemnation, aber dennoch erkennt das Recht auch eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Vertretung ſeines Sklaven in ſo fern an, als er da, wo er ſich weder zur Vertretung, noch zur Herausgabe des Sklaven bereit finden läßt und daher auf den Proceß nicht eingeht, als contumax zur Leiſtung der ganzen litis aestimatio verurtheilt wird, ohne daß ihm in dieſem Falle die noxae deditio noch offen gelaſſen würde [ee]). Dadurch, daß ein Uſusfruct an dem delinquirenden Sklaven beſteht, wird das Verhältniß des Eigenthümers rückſichtlich der Noxalklagen in keiner Weiſe verändert; nach wie vor hat er den Sklaven zu vertreten und kann ſich davon durch Hingabe deſſelben frei machen, nur daß dieſe da nicht gehörig geſchehen iſt, wo nur das nackte Eigenthum unter Erhaltung des uſufructuariſchen Rechts an den Verletzten gelangt, da ja, wie wir S. 77 erwähnten, hier ſeiner Rache das Recht des Uſufructuars hindernd gegenüber ſtehen würde [ff]). Als unbillig mußte es nun aber im höchſten Grade erſcheinen, wenn man vom Eigenthümer, der ohne eigene Schuld in dieſe Lage gekommen wäre, verlangt hätte, daß er nicht nur das Recht, welches er an dem Delinquenten habe, aufgebe, ſondern auch noch, daß er das Recht des Uſufructuars durch Leiſtungen an dieſen abzulöſen ſuche, um dem Verletzten das volle Eigenthum übertragen zu können und, wenn ihm dieſes nicht gelinge, ſtets die volle Litisäſtimation für Vergehungen des Sklaven leiſte, von dem er doch vielleicht gar keinen Vortheil hatte, und der ſeiner Zucht für die Dauer des Uſusfructs und damit vielleicht für immer gänzlich entzogen war. Im Uebrigen galt doch der Grundſatz, daß der Herr nur dann hafte, wenn er den Sklaven auch factiſch in ſeiner Gewalt hatte; und wo dies nicht der Fall

dd) Vergl. auch Zimmern, das Syſtem der römiſchen Noxalklagen.

ee) L. 21 § 4 und l. 22 § 3 de noxal. act.

ff) L. 4 § 8 de re iudic. 42, 1; l. 69 de solut. 46, 3.

war, kam er ſonſt ſchon frei, wenn er nur cavirte, daß er den Sklaven herausgeben wolle, ſobald er es vermögen werde. Das Civilrecht ließ dieſe Diſſonanz ungelöſt; der Prätor ſchritt aber zu Gunſten des Eigenthümers ein, und nun geſtaltete ſich das Verhältniß für die verſchiedenen Fälle in folgender Weiſe:

1) Der Eigenthümer war anweſend, und gegen ihn wurde von einem Dritten die Noxalklage erhoben[gg]; er übernahm die Defenſion des Sklaven. Wurde er verurtheilt, ſo hatte er die Wahl zwiſchen Leiſtung der Litisäſtimation und noxae deditio; entſchloß er ſich zur Letztern, ſo hatte ihm der Prätor ſeine Hülfe zugeſagt, um den Uſufructuar zu nöthigen, entweder

a) auf ſein Recht zu verzichten[hh]. Auf welche Weiſe dies bewerkſtelligt wurde, wenn der Uſufructuar den Sklaven in Detention hatte, wird uns nicht ausdrücklich geſagt, aber der Prätor half wohl mit einer actio in factum oder einem Interdict, wodurch jener zur Herausgabe der körperlichen Sache angehalten wurde. Das civile

---

gg) Gegen den Uſufructuar konnte hier nicht ſelbſtändig die Noxalklage angeſtellt werden [l. 18 de noxal. act. 9, 4], indem er nicht zur Vertretung des Sklaven verpflichtet war und außerdem auch gar nicht die Fähigkeit hatte, die noxae deditio vorzunehmen. Daß er aber etwa analog dem Falle, wo der Eigenthümer belangt wird und ſein Eigenthum überträgt, nur den Uſusfruct an den Kläger cedire, war ſchon der frühern Unveräußerlichkeit des Uſusfructs wegen unmöglich. Nach dem, was wir oben über die Aenderungen des Rechts in dieſer Hinſicht ausgeführt haben, müſſen wir freilich zugeſtehen, daß jetzt die Regelung dieſes Verhältniſſes in der Art geſchehen könnte, daß der Verletzte ſeine Entſchädigung in angemeſſenen Raten vom Eigenthümer und vom Uſufructuar mit der Noxalklage verlange, und jeder von beiden dann die Wahl habe, ob er bezahlen oder ſein Recht herausgeben wolle. Dieſe Regelung iſt aber nicht geſchehen und namentlich iſt dem Uſufructuar keinerlei Verpflichtung zur Vertheidigung des Sklaven auferlegt. Wenn es darum in l. 3 si nox causa agit. 2, 9 heißt: Si cum usufructuario noxali iudicio agetur, isque servum non defenderit u. ſ. w., ſo kann nicht eine Klage des Verletzten gegen den Uſufructuar gemeint ſein, ſondern als noxale iudicium müſſen die unten zu erwähnenden Verhandlungen zwiſchen dem Eigenthümer und dem Uſufructuar bezeichnet worden ſein, oder vielleicht auch die Aufforderung an den Letztern, zu defendiren, falls der Eigenthümer abweſend iſt [ſ. u. unter 4].

hh) L. 17 § 1 de nox. act. 9, 4.

Recht verlor er dadurch noch nicht, denn das vermochte der Prätor nicht zu nehmen, aber er konnte es nicht ausüben, weil ihm der Prätor seinen Schutz entzogen hatte, und die seitherige Beschränkung des Eigenthums hörte auf; es war die Freiheit vom Ususfruct *in bonis* des Eigenthümers, während er sie nach Civilrecht noch nicht erworben hatte. Lieferte nun der Eigenthümer den Sklaven an den Verletzten aus, so konnte nicht mehr behauptet werden, die noxae deditio sei unvollständig geschehen, und er hatte daher nicht mehr die actio iudicati zu fürchten[ii]). Aehnlich wird es sich da verhalten haben, wo der Usufructuar den Sklaven gar nicht in seiner Gewalt hatte. Eine eigentliche Klage auf Verzicht auf den Ususfruct wird der Eigenthümer dann nicht angestellt haben, aber er wird dem Usufructuar etwa in der Form einer Litisdenuntiation aufgefordert haben, sein Recht geltend zu machen oder seine Befugniß zur Defension zu üben [siehe unter b.][kk]). Unterließ dies der Usufructuar, so versagte ihm der Prätor wieder jede Rechtshülfe[ll]), und so schied der Ususfruct aus den bonis desselben, und die Freiheit von Ususfruct war wieder in bonis des Eigenthümers, so daß die noxae deditio vor sich gehen konnte. Gab aber der Eigenthümer in solchem Falle den Sklaven hinter dem Rücken des Usufructuars ohne jene Verhandlungen mit ihm oder während der Abwesenheit desselben an den Verletzten heraus und setzte sich dadurch der actio iudicati des Letztern aus, so konnte der Usufructuar doch nicht ohne Weiteres den Ususfruct von dem noxae accipiens vindiciren, sondern der Prätor setzte ihn nur in die Lage, in welcher er gewesen sein würde, wenn er zur Zeit der Noxalklage den Sklaven in Detention gehabt hätte. Wie er dann den Anforderungen des Eigenthümers gegenüber den Ususfruct nur behaupten konnte, wenn er die Litis Aestimation an den Kläger zahlte [siehe u. b.], so konnte er auch jetzt

---

ii) L. 69 de solut. 46, 3. — sed si usufructus interierit, . . . existimo processuram liberationem.

kk) Gaius deutet das in l. 27 pr. de nox act. 9, 4 dadurch an, daß er dem Usufructuar schon die Klage abspricht, si *praesens* defensionem suscipere noluerit.

ll) L. 3 si ex nox causa 2, 9; l. 27 pr. de nox. act. 9, 4.

nur dann mit ſeiner Klage aus dem Uſusfruct dem noxae accipiens entgegen treten, wenn er dem Verletzten die Litis Aeſtimation offerirte[mm]). Nach Zahlung derſelben war der Uſusfruct wieder in voller Kraft, aber wem ſtand nun das Eigenthum an dem Sklaven zu? Die Quellen ſagen davon nichts, — da aber der Uſufructuar auf nichts weiter ein Recht hat, als auf den Uſusfruct, das Eigenthum aber nun einmal auf den noxae accipiens übertragen iſt, ſo muß man annehmen, daß bei dieſem die nuda proprietas verbleibt. Nun aber kann, wie unter b ausgeführt wird, der Uſufructuar überall, wo er die ganze Litis Aeſtimation leiſtet, Erſatz eines Theils vom Eigenthümer mittelſt Retention der Sache nach Beendigung des Uſusfructs beitreiben; da liegt denn hier, wo der, welchem das Ganze

mm) L. 17 § 2 de usufr. Da erſcheint es nun freilich auffallend, wie dem noxae accipiens überall, wo an der hingegebenen Sache ein Uſusfruct beſteht, bloß um der Exiſtenz dieſes Uſusfructs willen, wie ſchon erwähnt iſt, eine actio iudicati auf Leiſtung der Litis Aeſtimation gegeben werden kann [l. 4 § 8 de re iudic. 42, 1; l. 69 de solut. 46, 3], da doch der Uſusfruct ihm gegenüber nicht eher geltend gemacht werden darf, als bis vom Uſufructuar dieſelbe Litis Aeſtimation angeboten iſt. Der Grund iſt meines Erachtens darin zu ſuchen, daß der noxae accipiens ſich dieſen ungewiſſen Zuſtand nicht gefallen zu laſſen braucht, in welchen er dem Sklaven gegenüber geräth, ſobald ein Uſusfruct an demſelben haftet; denn er weiß ja nicht, ob ihm der Sklave nicht wieder abgeholt wird, und kann deßhalb denſelben noch nicht als ſein volles Eigenthum anſehen, ja wenn er erſt Kenntniß von der Exiſtenz des Uſusfructs genommen hat, iſt er dem Uſufructuar gegenüber in mancher Beziehung malae fidei possessor und haftet ihm, ſobald dieſer zur Wiedereinlöſung des Sklaven bereit iſt, für jede demſelben zugefügte Verletzung. Alſo kann er auch ſeinem Rachegefühl keinen freien Lauf laſſen. Da er nun kein Mittel hatte, um den Uſufructuar zu einer Erklärung darüber zu nöthigen, ob er ſein Recht aufgeben, oder den Sklaven einlöſen wollte, ſo forderte er vom frühern Eigenthümer, daß er dieſer Lage ein Ende mache, indem er die Litis Aeſtimation zahle, da die noxae deditio ja noch nicht gehörig geſchehen ſei. So wird denn auch von Celſus in l. 69 de solut. 46, 3 ausdrücklich geſagt, daß der noxae accipiens die Klage des Uſufructuars nicht abwarten müſſe, um ſeine Klage gegen den Eigenthümer anzuſtellen [nec expectabimus] — und wir können hinzufügen: Ja wartete er ſie ab, ſo wird er gegen den Eigenthümer nicht mehr haben klagen können, da ihm ja der Uſufructuar offerirt, was er von jenem fordert, — die litis aestimatio und wohl auch mit den etwaigen Verzugszinſen u. ſ. w.

zu zahlen ist, derselbe ist, von dem später ein Theil zurückverlangt werden kann, die Frage nahe, ob er diesen Theil nicht gleich zurückbehalten kann. Allein dies ist wohl in Abrede zu stellen, da nicht nur Ulpian in l. 17 § 2 cit. Zahlung der litis aestimatio ohne welche Beschränkung vorschreibt, sondern auch die Analogie der oben S. 507 besprochenen l. 50 de usufr. dagegen spricht. Denn wie dort der Usufructuar dem Eigenthümer, der als Nutzungsinteressent Bauten vorgenommen hatte, die Kosten derselben pro rata ersetzen mußte, trotzdem daß er später Erstattung dieser Auslage vom Eigenthümer fordern konnte, so wird man auch hier Gleiches zulassen müssen, zumal die Größe der vom Eigenthümer zu contribuirenden Rate wohl nach Verhältniß des Werths festgesetzt werden muß, welchen der Sklave nach Beendigung des Usufructs hat, und der daher zur Zeit gänzlich ungewiß ist, ja der Sklave vorher sterben kann, so daß der Usufructuar dann gar keine Forderung auf Ersatz gegen den Eigenthümer wird erheben können. Deßhalb kann dieser bedingte und betagte Anspruch nicht dazu dienen, um in dem obigen Falle Retentionen geltend zu machen.

Wollte der Usufructuar die litis aestimatio nicht leisten, so blieb ihm der Usufruct entfremdet, es sei denn, daß der noxae accipiens die Existenz dieses Usufructs zur Veranlassung nahm, um von dem frühern Eigenthümer die litis aestimatio mit der Klage aus dem Judikat zu erzwingen, wo er dann den Sklaven gewiß wieder zurückgeben mußte, und der Usufructuar nunmehr wieder dem Eigenthümer gegenüberstand, von dem er dann seinen Usufruct nur unter derselben Beschränkung wird haben beanspruchen können, als wenn dieser gleich freiwillig die Litis Aestimation gezahlt hätte [siehe unten 3].

b) Der Usufructuar kann da, wo er nicht auf sein Recht zum Zwecke der noxae deditio verzichten will, den directen oder indirecten Zwang des Prätors dadurch vermeiden, daß er statt des Eigenthümers die Litis Aestimation an den Kläger zahlt, wodurch die noxae deditio überflüssig gemacht wird, und demnach auch der Usufruct geschützt bleiben muß. Ein ausdrückliches Quellenzeugniß läßt sich dafür freilich nicht anführen; wie aber der Gläubiger überall von jedem die Zahlung, wenn sie in gehöriger Weise geschieht, annehmen muß, so auch hier der Kläger, und sollte er sich dessen weigern, so

wird der Prätor ſicher auch dem Uſufructuar ſeinen Schutz nicht entzogen haben. Durch dieſe Zahlung Seitens des Uſufructuars wird dann auch dem Eigenthümer ſein Recht erhalten; aber Erſterer hat deßhalb nützliche Verwendungen gemacht, zu denen er nicht verpflichtet war, und er kann daher vom Eigenthümer Erſatz derſelben verlangen, und dieſe Forderung auf dem Wege der Retention der körperlichen Sache nach Beendigung des Uſusfructs zur Geltung bringen [vgl. § 53]. Da jedoch, wie wir unter 2 ſehen werden, der Uſufructuar, falls der Eigenthümer die Litis Aeſtimation zahlt, einen entſprechenden Zuſchuß dazu leiſten muß und demnach anerkannt iſt, daß die Laſt zum Theil von ihm zum tragen iſt, ſo wird er auch in dieſem Falle, wo er ſelbſt zunächſt das Ganze gezahlt hat, nur einen Theil derſelben, der nach den Regeln unter 2 zu bemeſſen iſt, als für den Eigenthümer ausgegeben anſehen dürfen, und daher nur für ihn Erſatz verlangen können.

2) Der verurtheilte Eigenthümer entſchloß ſich zur Leiſtung der Litisäſtimation. Hier verſprach der Prätor ihm zu einer verhältnißmäßigen Beiſteuer Seitens des Uſufructuars zu verhelfen[nn]), — ohne daß uns aber in den Quellen geſagt wird, wie der Prätor dieſen Zwang ausübte. Da jedoch ſonſt überall, wo aus den Delicten der Sklaven Verpflichtungen für die an denſelben dinglich Berechtigten entſtehen, dieſe durch Aufgeben der Berechtigung abgelehnt werden können, ſo iſt auch nicht anzunehmen, daß der Prätor für dieſen Fall dem Uſufructuar eine abſolute Beitragspflicht auferlegt, und eine perſönliche Klage des Eigenthümers gegen den Uſufructuar zu dieſem Zwecke geſchaffen habe, vielmehr wird er jenem eine Klage oder ein Interdict gegeben haben, um von ihm im Falle der Verweigerung des Beitrags die Herausgabe der körperlichen Sache zu erzwingen, womit dann die Freiheit vom Uſusfruct in bonis deſſelben ſein wird, beziehungsweiſe er wird dem Uſufructuar jede Klage aus dem Uſusfruct dem Eigenthümer gegenüber verweigert haben, wenn

---

nn) L 17 § 1 de nox act. 9, 4. — Sed per Praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat Praetor te pro aestimatione usufructus conferre ad litis aestimationem, aut usufructu cedere, si hoc expediat.

jener nicht vorher dieſem den ihn treffenden Beitrag zu der Auslöſungsſumme erſetzt hat. Wie nun aber die Größe dieſes Beitrags zu beſtimmen iſt, wird uns wieder nicht berichtet; da aber dieſe Abfindung des Klägers als eine gemeinſame Laſt des Eigenthümers und des Uſufructuars erſcheint, die ſie ihrer Berechtigung an den Sklaven wegen zu übernehmen haben, ſo wird kein anderer Maaßſtab für die Vertheilung dieſer Laſt auf die beiden Intereſſenten möglich ſein, als daß das Recht, welches jeder hat, alſo der Uſusfruct und das nakte Eigenthum nach dem Marktwerth geſchätzt werde, und daß dann nach Verhältniß der Werthſummen davon die Laſt getragen werde. In den bereits erwähnten Fällen, wo erſt nach Ablauf des Uſusfructs die Beitragsquote feſtgeſetzt werden muß, iſt ein ſicherer Maaßſtab gegeben, weil man aus dem Erfolge bereits weiß, was der Uſusfruct werth war, und der jetzige Werth der ſeither dienenden Sache leichter zu ermitteln iſt.

3) Eigenthümer und Uſufructuar waren anweſend, erſterer aber wollte ſich gar nicht auf den Proceß einlaſſen, ſondern den Sklaven ſofort an den Verletzten herausgeben. Detinirte er denſelben zufällig und nahm nun alsbald die noxae deditio vor, wie es ihm ja als Eigenthümer immer zuſtehen mußte, ſo wird das Verhältniß des Uſufructuars daſſelbe geweſen ſein, als wenn die deditio nach dem Urtheil geſchehen wäre, d. h. er wird ſeinen Uſusfruct nur haben geltend machen können, wenn er die betreffende Straf- oder Entſchädigungsſumme für den Sklaven zahlte. Nur wird natürlich, um Colluſionen zwiſchen Eigenthümer und den angeblich Beſchädigten zu verhindern, der Uſufructuar, wenn ſich ſeiner Klage gegenüber auf die noxae deditio berufen ward, den Beweis dafür haben fordern können, daß dieſe gehörig geſchehen und namentlich auch, daß die Vorausſetzung derſelben, das Delict des Sklaven, vorhanden geweſen ſei[oo]), — aber alles dieſes war ebenſo, wenn ein Urtheil zwiſchen Eigenthümer und Verletzten vorher ergangen war. Der noxae dans befand ſich jedoch in ſo fern in einer vortheilhaftern Lage, als um der bloßen Exiſtenz des Uſusfructs willen noch nicht die Leiſtung der vollen litis aestimatio von ihm wird verlangt worden ſein können, da ja eine actio

oo) L. 26 § 6 de nox. act.

indicati nicht begründet war, — die Noxalklage konnte aber auch nicht mehr gegen ihn angestellt werden, und so war er völlig liberirt, und der noxae accipiens, wenn er einmal den Sklaven trotz des darauf haftenden Ususfructs angenommen hatte [wozu er nicht verpflichtet war], lediglich auf sein Retentionsrecht dem Usufructuar gegenüber angewiesen. — Hatte dagegen der Usufruktuar die Detention, so konnte der Eigenthümer wieder, um sich von der Sache ganz frei zu machen, dem Verletzten, falls dieser damit zufrieden war, sein Eigenthum an dem Sklaven cediren, worauf denn nunmehr der neue Eigenthümer mit jenen vom Prätor versprochenen Hülfsmitteln gegen den Usufructuar vorschreiten konnte, um die Freiheit vom Ususfruct durch prätorischen Schutz zu erlangen, wenn der Usufructuar es nicht wieder vorzog die litis aestimatio zu zahlen, wo sich das Verhältniß wieder, wie in dem analogen Falle unter 1 a und b gestaltete. — Wo der Eigenthümer aber weder die Defension des Sklaven übernehmen, noch sofort das Eigenthum cediren wollte, konnte er dem Usufructuar die Defension überlassen pp). Erklärte sich dieser auf seine Aufforderung hin dazu bereit, so war er auch zur Durchführung derselben verpflichtet, weil sonst, da trotz der Anwesenheit des Eigenthümers der Sklave weder noxae dedirt noch defendirt wäre, der Eigenthümer als contumax auf Leistung der vollen litis aestimatio verurtheilt wäre. Durch Uebernahme der Defension entstand also ein Mandatsverhältniß zwischen Usufructuar und Eigenthümer, und in Folge dessen mußte der Erstere, falls er die Defension nun doch unterließ, dem Letztern allen daraus entstehenden Schaden ersetzen. Wenn nun auch der Usufructuar nur im Namen des Eigenthümers litem contestirte, so war die Verurtheilung doch, wie überall, wo Stellvertreter im römischen Proceß auftraten, auf den Namen des Usufructuars gestellt, und so konnte die Frage entstehen, ob er sich denn auch von der Leistung der Litis Aestimation durch die noxae deditio befreien könne, da er ja nicht Eigenthümer sei und darum nicht Eigenthum übertragen könne. Allein mit Recht gesteht ihm Paulus in l. 17. §. 1. de nox. action. diese Befugniß zu, indem in dem Auftrag zu defendiren, auch der

pp) L. 17 § 1 de nox. act.

eventuelle Auftrag zur Eigenthumsübertragung lag, und ſobald er dieſe im fremden Namen vornahm, ſo verzichtete er damit zugleich denn auch ſelbſt auf den Uſusfruct zu Gunſten des nunmehrigen neuen Eigenthümers, des noxae accipiens. Zog er es aber vor die Litis Aeſtimatio an den Kläger zu bezahlen, ſo erhielt er auch dem Eigenthümer ſein Eigenthum, erwarb aber wieder einen Anſpruch auf theilweiſen Erſatz der Abfindungsſumme, welchen er, wenn er nicht etwa aus dem Mandat klagen konnte, durch Retention geltend machte, und ebenſo wird da, wo er ein obſiegliches Erkenntniß gegen den Kläger erreicht hatte, auch der Eigenthümer an dem Siege Theil genommen und eine exceptio rei iudicatae darauf haben bauen können.

4) War der Eigenthümer abweſend, ſo verſetzte der Prätor den Verletzten in die Möglichkeit ſich unmittelbar an den Sklaven zu halten, indem er ihn in ſeine Gewalt gab [dies ducere pati iſt correſpondirend dem mittere in das baufällige Gebäude][qq]), jedoch vorbehaltlich einer ſpätern Defenſion durch den Eigenthümer, falls er ſie nach ſeiner Rückkehr unternehmen wollte[rr]). Hatte der anweſende Uſufructuar in jenem Falle den Sklaven in Detention, ſo konnte er der Aufforderung auf Herausgabe deſſelben die Defenſion im Namen des Eigenthümers oder die Zahlung der litis aestimatio entgegenſetzen, wodurch er das Recht des Eigenthümers ſicherte, aber auch wieder Retentionsanſprüche dem Eigenthümer gegenüber erhielt; wollte er keins von beiden, ſo erfolgte jene ductio, und die Verfolgung des Uſusfructs wird ihm wieder verſagt geweſen ſein, wenn nicht etwa der zurückgekehrte Eigenthümer von ſeiner Befugniß Gebrauch machte, und den Sklaven einlöſte. Dann wird auch der Uſufructuar gegen Zahlung des Beitrags an dieſen wieder ſein Recht haben geltend machen können. War auch der Uſufructuar abweſend oder detinirte wenigſtens den Sklaven nicht, ſo konnte er wiederum nur dann Auslieferung deſſelben von dem, welcher ihn auf Befehl des Prätors in Gewahrſam genommen hatte, verlangen, wenn er die litis aestimatio offerirte oder der Beweis von dem Vorhandenſein der Vorausſetzungen einer Noxalklage nicht erbracht werden konnte.

---

qq) Bachofen röm. Pfandrecht Bd. I. S. 404.

rr) L. 26 § 6 de nox act.

Die Betrachtung dieſer einzelnen Fälle hat uns nun gezeigt, wie der Uſufructuar überall, wo der im Uſusfruct ſtehende Sklave Delicte begangen hatte, die Wahl hatte, ob er den Uſusfruct aufgeben, oder ob er einen entſprechenden Theil der Entſchädigung, beziehungsweiſe dieſe ganz, vorbehaltlich des für einen Theil derſelben durch Retention geltend zu machenden Regreſſes gegen den Eigenthümer leiſten wollte. Der directe Zwang, den der Prätor verhieß, wird aber, wie wir im Obigen ebenfalls darzuſtellen ſuchten, immer nur auf jenes Erſtere gegangen ſein, — er nahm dem Uſufructuar jedes Rechtsmittel aus dem Uſusfruct, ſo daß dieſer nicht mehr in bonis deſſelben war und das Zweite, die Zahlung der Auslöſungsſumme oder eines Theils derſelben erſcheint immer nur als ein Mittel, um ſich gegen den Verluſt des Uſusfructs zu ſichern, niemals als eine ſelbſtändige Laſt des Uſusfructs. Das Erlöſchen des Uſusfructs konnte der Verletzte verlangen, weil er ſonſt an dem Delinquenten kein Recht zu nehmen vermochte und ſeiner Rache überall das uſufructuariſche Recht entgegengetreten wäre; daß der Uſufructuar ſich hiervon durch Geldleiſtung befreien konnte, war keine Belaſtung, ſondern eine Wohlthat für ihn, und daß er auch da, wo der Eigenthümer bereits aus eigenen Mitteln die Gefahr abgewandt hatte, dieſem contribuiren mußte, falls er ſich den Uſusfruct erhalten wollte, war eine allerdings anomale, aber doch billige Auflage, die ſich jedoch ſchon durch die Form, wie ſie geltend gemacht wurde, und die Entſtehung durch Einſchreiten des Prätors als eine durchaus ſinguläre Inſtitution zu erkennen gab. Allerdings hat der Uſufructuar überall und immer die Möglichkeit, ſich durch Aufgeben des Uſusfructs von allen Belaſtungen frei zu machen (ſ. S. 510 ff.), und in ſo fern könnte man ſagen, es iſt dies keine Eigenthümlichkeit der Noxalklagen. Allein die gänzliche innere Verſchiedenheit beider Fälle zeigt ſich ſchon im Verfahren. Regelmäßig geht die Klage direct auf Erfüllung der aus der uſufructuariſchen Caution hervorgegangenen Obligation, und nur exceptionsweiſe kann der Uſufructuar geltend machen, daß er den Uſusfruct nicht mehr benutze; hier geht ſie aber ſofort auf Aufgabe des Uſusfructs, und exceptionsweiſe kann ſich erſt der Uſufructuar darauf berufen, daß er die Auslöſungsſumme in entſprechender Weiſe geleiſtet hat. Alſo liegt eine gänzliche Verſchiedenheit beider

Verhältniſſe zu Tage, und die Vorſchriften über die Obliegenheiten des Uſufructuars im Falle eines Noxalanſpruchs werden nicht geeignet ſein, um daraus allgemeine Regeln über den Umfang der Verpflichtung des Uſufructnars abzuleiten ss).

Gleiches gilt von den Vorſchriften über das Verhältniß des Uſufructuars, falls wegen Fehler des im Uſusfruct ſtehenden Grundſtücks Anſprüche auf Stellung einer cautio de damno infecto erhoben werden tt). Wie dieſes ganze Inſtitut unverkennbare Aehnlichkeit mit den Noxalklagen hat und auch ſchon von Ulpian darauf hingedeutet wird, daß der Prätor daſſelbe, was bei Beſchädigungen durch Sklaven und Thiere gelte, auch für Beſchädigungen durch andere Sachen zu erreichen ſtrebe uu), ſo wird auch die Stellung des Uſufructuars eine ähnliche in beiden Fällen ſein, und da die Quellenzeugniſſe hier noch ſpärlicher fließen, als in jenem erſten Falle, ſo werden wir berechtigt ſein, mitunter mit Hülfe der Analogie die einzelnen Fragen zu entſcheiden.

So müſſen wir denn auch zunächſt Bachofen gegenüber vv), der ſonſt auf die Verwandtſchaft beider Inſtitute großes Gewicht legt,

---

ss) Die obigen Sätze werden auch da analog angewandt worden ſein, wo das im Uſusfruct ſtehende Thier Dritte in unnatürlicher Weiſe beſchädigt hat, und dieſe deßhalb die actio quadrupedaria anſtellen wollen.

tt) Wir haben hier nur die cautio de damno, welche in Folge eines vitium aedium, loci, arborum nöthig wird, im Auge, nicht die, welche mit Rückſicht auf eine vitium *operis*, beſtellt wird, die ganz andern Regeln unterliegt, und von jener ſcharf zu trennen iſt. Vgl. Heſſe die caut. de damn. inf. Leipz. 1838 S. 86 und von Bangerow, Leitfaden Bd. III § 678. Zur Stellung der letztern wird man nicht um ſeines dinglichen Rechts an der Sache willen, wie bei der erſtern, angehalten, ſondern lediglich deßhalb, weil man baut, und ſo wird auch der Servitutberechtigte, der auf fremden Grund und Boden nur kraft ſeiner Servitut baut und deßhalb dieſe Caution beſtellen muß, doch als einer angeſehen, qui suo nomine cavet. Vgl. l. 30 § 1 de damn. inf. 39, 2.

uu) L. 7 § 1 de damn. inf. 39, 2.

vv) Römiſches Pfandrecht Bd. I. S. 118. Ebenſo Heſſe a. a. O.

aber doch die Noxalklage des Beſchädigten dem Uſufructuar gegenüber verwirft, in Abrede ſtellen, daß der durch das uſufructuariſche Gebäude mit Schaden Bedrohte, im Fall Eigenthümer und Uſufructuar anweſend ſind, die Wahl habe, ob er gegen den Eigenthümer oder gegen den Uſufructuar mit Anſpruch auf Caution auftreten wolle[ww]). Die eigenthümlichen Folgen, welche mit der Nichtbeachtung des prätoriſchen Gebots, Caution zu beſtellen, verbunden ſind, treten wenigſtens nur dann ein, wenn die Aufforderung unmittelbar an den Eigenthümer ergangen iſt. Dafür ſpricht nicht nur die Analogie der Noxalklagen, ſondern auch der Umſtand, daß es als eine Eigenthümlichkeit des ager vectigalis hingeſtellt wird, daß der Innehaber desſelben ſelbſtändig um Leiſtung der Caution angegangen werden kann, und daß, wenn er dieſe verſäumt, eine Einweiſung in das emphyteutiſche Recht erfolgt, ohne daß dadurch das Recht des Eigenthümers verletzt wird[xx]), während dagegen von einer Einweiſung lediglich in das uſufructuariſche Recht in den manchen hier einſchlagenden Stellen gar nicht die Rede iſt. Ja ließe man dieſe zu, ſo müßte man annehmen, daß mit dem zweiten Dekret der Uſusfruct in bonis des Impetranten wäre, und gelangte alſo zu einer nach älterem Rechte durchaus unſtatthaften Veräußerung deſſelben. Endlich aber wird uns auch in einer Reihe von Stellen übereinſtimmend geſagt, daß der Uſufructuar, wenn er cavire, ſtets *alieno nomine* cavire, weßhalb nicht bloße Stipulation genügt, ſondern Bürgen oder Pfänder beſtellt werden müſſen[yy]); alſo thut er nicht etwas, was ihm ſelbſt obliegt, ſondern er handelt für den Eigenthümer. — Der bedrohte Nachbar hat alſo zunächſt vom Eigenthümer die Caution zu verlangen, für welchen indeſſen, wie jeder Dritte, ſo auch der Uſufructuar die Caution, jedoch nur als Realcaution, leiſten kann. Wird von keiner

---

ww) Dies iſt eins der Momente, aus denen Bachofen [a. a. O. S. 96—138] eine gleiche Structur von Eigenthum und Uſusfruct und alſo eine durchgehende Verſchiedenheit im Grundbegriff von Uſusfruct und Realſervituten abzuleiten ſucht; vgl. § 4 S. 33 und 34.

xx) L. 15 § 26 de damn. inf. Hieraus ließe ſich ein weiteres Moment für die innere begriffliche Verſchiedenheit der Natur der Emphyteuſis und der Servituten entnehmen vgl. § 34 S. 298 ff.

yy) L. 9 § 5, l. 10, l. 15 § 25 de damno inf. 39, 2.

Seite die Caution beſtellt und auch nicht nach Erlaſſung des erſten Dekrets, ſo wird der Bedrohte in den Beſitz des gefährlichen Grundſtücks eingewieſen, und dieſe missio jedem, und alſo auch dem Uſufructuar gegenüber exequirt, ſo wie Letzterem auch jede Klage gegen den missus auf Ausübung des Uſusfructs entzogen iſt[zz]). Der Grund dafür liegt wieder darin, daß das ungeſchmälerte Fortbeſtehen des uſufructuariſchen Rechts den ganzen Zweck des Verfahrens, wie bei den Noxalklagen, ſo auch hier faſt ganz vereiteln würde, indem der Immittirte trotz der Immiſſion den Einſturz mit eigener Kraft nicht abzuwenden vermöchte, wenn er nicht in die Befugniß des Uſufructuars eingreifen dürfte; er würde ja dann nicht einmal die Detention des Grundſtücks erhalten.

Wenn nun aber der Uſufructuar dadurch, daß auf Verlangen die Caution nicht beſtellt wird, in Gefahr kommt, den Uſusfruct zu verlieren, ſo erfordert doch die Billigkeit, welche in allen prätoriſchen Inſtitutionen obwaltet, daß er von dem Verlangen des bedrohten Nachbars gehörig in Kenntniß geſetzt werde, damit er doch ſeiner Seits, wenn er ſich ſein Recht erhalten will, die Caution für den Eigenthümer beſtellen kann. In welcher Form dieſe Mittheilung an den Uſufructuar oder an den Pfandgläubiger, Superficiar u. ſ. w., die ihm hierin gleich ſtehen, geſchehen iſt, wird uns nicht ausdrücklich geſagt, und der erſte Theil des Edicts über dieſe Caution, ſo weit er von der Einleitung des Verfahrens handelt, iſt uns nur bruchſtückweiſe in den Quellen erhalten[aa]). Aus der analogen Anwendung der Beſtimmungen, welche über die Art und Weiſe der Aufforderung an den Eigenthümer gegeben werden, können wir aber folgern, daß wenn der Uſufructuar vor Gericht zugegen war, als die gerichtliche Aufforderung an jenen erging, keine weitere Mittheilung an ihn, oder gar Anſtellung einer Klage u. ſ. w. nöthig war — war er abweſend, und als ſolcher galt er ſchon, wenn er grade nicht in iure war, ſo wird eine denuntiatio erlaſſen worden ſein, die ihm in ſeiner

---

zz) L. 15 § 25 de caut. damn. inf. 39, 2. — Dieſe prätoriſche Erlöſchungsart des Uſusfructs in Veranlaſſung eines Wechſels des Eigenthums hätte auch in § 18 S. 78 aufgeführt werden müſſen.

aa) L. 4 § 5 h. t.

Wohnung mitzutheilen oder, wenn er dort nicht zu treffen war, an dem drohenden Hauſe anzuſchlagen war[b2]). War dieſe Anzeige an den Uſufructuar unterblieben, ſo wird man annehmen müſſen, obgleich die Quellen es nirgends ausdrücklich erwähnen, daß die Einweiſung des Bedrohten in das ufufructuariſche Grundſtück das Recht des Uſufructuars nicht aufhob und er gegen Zahlung der aufgewandten Reparaturkoſten an den Immittirten die Detention des Hauſes zurückverlangen konnte[c2]), wogegen natürlich der Eigenthümer daraus keinen Einwand gegen die Gültigkeit der Immiſſion zu entnehmen vermochte. Bei Unterlaſſung der Anzeige an den Eigenthümer konnte es aber, wir wiederholen es, niemals zu einer Einweiſung, ſelbſt nicht in das uſufructuariſche Recht kommen.

War die Caution einmal beſtellt, ſo war damit die Gefahr der Immiſſion für beide Theile abgewendet; da alſo ebenſo, wie bei den Noxalklagen, jeder in Folge derſelben im Genuß ſeines Rechts blieb, ſo wäre es unbillig, wenn der, welcher die Caution auf das Ganze leiſtete, nun auch allein die böſen Folgen derſelben hätte tragen ſollen, zumal ſich die Unbilligkeit einer ſolchen Belaſtung des einen Theils hier dadurch noch ſteigerte, als häufig der Schaden, welcher den Nachbar bedrohte, nur in Folge der Nachläſſigkeit des Uſufructuars entſtanden ſein konnte, während bei den Noxalklagen regelmäßig weder beim Eigenthümer, noch beim Uſufructuar irgend welche Schuld war. Darum ordnet der Prätor das Verhältniß

---

b2) L. 4 § 5 und § 6 h. t.

c2) Dafür ſpricht auch, daß in l. 44 § 1 h. t. dem Pfandgläubiger, von dem ſonſt mehrmals geſagt wird, daß er ſein Recht, wie der Uſufructuar gänzlich verliere, ſobald die Caution nicht rechtzeitig beſtellt werde [l. 11, l. 15 § 25 h. t.], doch geſtattet wird, ſein Pfandrecht dem gegenüber geltend zu machen, welcher ex secundo decreto immittirt iſt, wenn er nur dieſem die etwa ſchon auf das Haus verwendeten Reparaturkoſten erſetzt. Will man nun nicht zwiſchen jener l. 44 § 1 und dieſen Stellen einen unlösbaren Widerſpruch annehmen, ſo muß man dort ſubintelligiren, daß, wie das bei einem Pfandgläubiger, welcher das Grundſtück nicht detinirt, wohl häufig der Fall ſein wird, eine Denuntiation an ihn nicht geſchehen iſt, und geſteht man das für den Pfandgläubiger zu, ſo wird man auch Gleiches für den Uſufructuar annehmen müſſen.

zwiſchen Uſufructuar und Eigenthümer wieder ebenſo, wie bei den Noxalklagen; hat der Letztere cavirt oder gar ſchon daraus geleiſtet, wo die Laſt ganz oder doch theilweiſe dem Uſufructuar zukommt, da geſtattet er dem Eigenthümer, die Nutzung einſtweilen zu ziehen, und nimmt dem Uſufructuar jeden Rechtsſchutz, bis dieſer in einer andern Caution Erſatz verſprochen hat für Alles, beziehungsweiſe für die betreffende Quote davon, was der Eigenthümer aus ſeiner cautio de damno infecto werde leiſten müſſen, und wenn er aus dieſer ſchon etwas geleiſtet hat, bis der Uſufruktuar das ganz oder theilweiſe erſetzt hat. Hat der Uſufructuar cavirt, ſo hat er nach beendigtem Uſusfruct wieder ſein Retentionsrecht, bis ihm die Laſt ganz oder theilweiſe abgenommen iſt[d2]). Eine allgemeine Regel, um zu ermitteln, wie weit der Uſufructuar die Cautionslaſt übernehmen muß, und wie weit der Eigenthümer, wird uns wieder nicht gegeben. Da aber, wo durch Schuld des einen Theils die Sache in die Lage kam, daß Cautionsbeſtellung erforderlich ward, indem z. B. der Uſufructuar die ihm obliegenden Reparaturen nicht vornahm, und das Haus dadurch allein ſo baufällig wurde, daß der Nachbar den Einſturz fürchtete, wird dieſer Theil die ganze Laſt übernehmen müſſen, und dennoch, wenn er die Caution dem Nachbar ſtellte, keinen Regreß haben — wenn der andere Theil ſie ſtellte, dieſem wieder für den ganzen Betrag caviren müſſen. Mit der Klage aus der uſufructuariſchen Caution kann der Uſufructuar ja

---

d2) L. 9 § 5. l. 10. l. 22 h. t. In l. 10 ſagt Paulus: Sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. Sed si fructuarius de soli vitio quid praetiterit, *ius domini ad eum transferri oportet*. Aus den Schlußworten ſcheint hervorzugehen, daß der Uſufructuar nach Leiſtung der Caution fordern könne, daß alsbald das Eigenthum der körperlichen Sache auf ihn übertragen werde, während wir ihm doch oben nur ein Retentionsrecht zugeſtehen, das erlöſcht, ſobald der Eigenthümer Erſatz leiſtet. Dieſe Anſicht wird aber nicht nur durch die Analogie der Noxalklagen, ſondern auch durch die citirte l. 22 deſſelben Paulus unterſtützt, die ausdrücklich ſagt: solum retinebit fructuarius, donec praestetur ei damnum, und ſo können wir jene Worte wohl nur als eine ungenaue Ausdrucksweiſe dafür auffaſſen, daß er fortan faktiſch das Recht des Eigenthümers übt, bis eine Einlöſung erfolgt.

ſchon gezwungen werden, allen dem Eigenthümer durch ſeine Culpa entſtandenen Schaden zu erſetzen; zu dieſem gehört dann auch der Nachtheil, welchen die Leiſtung der cautio damni infecti herbeiführt, und wenn ſomit dem Eigenthümer ſchon ein civilrechtlicher Anſpruch auf Uebernahme derſelben durch den Uſufructuar zuſteht, ſo wird auch der Prätor in dieſem Verfahren die Laſt dem Letzteren zugewandt haben. Wo aber der vitiöſe Zuſtand des uſufructuariſchen Gebäudes ohne Schuld eines der beiden Theile entſtanden iſt, indem außerordentliche Natureigniſſe oder ein hohes Alter Gefahren herbeiführten, wie ſie durch die regelmäßige Reparaturpflicht des Uſufructuars nicht beſeitigt werden konnten, da wird die Cautionslaſt vom Eigenthümer und Uſufructuar zuſammen getragen werden müſſen und wieder im Verhältniß des Werths einer jeden der beiden Berechtigungen. Man hat freilich wohl geſagt, dem Inſtitute der cautio de damno inf. liegt die Idee zu Grunde, es müſſe jeder genöthigt werden, ſein Haus u. ſ. w. in baulichem Zuſtande zu erhalten, und daraus könnte man folgern: den muß die Cautionslaſt treffen, welcher factiſch im Stande iſt, zu repariren, der Uſufructuar hat aber die Detention, und deßhalb kann der Eigenthümer von ihm die ganze Caution fordern, wenn nicht etwa die Handlungen, welche zur Beſeitigung des vitium nöthig ſind, derartig ſind, daß ſie der Uſufructuar nicht vornehmen darf, indem ſie den Charakter der Sache umgeſtalten u. ſ. w. Allein jene Grundidee iſt unrichtig. Die Caution wird nur beſtellt, weil es unbillig erſchien, daß jemand nicht für den Schaden einſtehen ſoll, den ſeine Sache anrichtet — ſie iſt, wie geſagt, aus derſelben Rechtsanſchauung hervorgegangen, wie die Noxalklagen[e2]), und darum darf man auch nicht dem Einen

---

e2) L. 7 § 1 h. t. Vgl. oben § 7 S. 58 ff. — Daß die Caution nicht den Zweck hat, den Caventen zur Reparatur zu treiben, wird z. B. zur Evidenz bewieſen durch die l. 13 § 2 h. t. wonach der Eigenthümer eines wohl erhaltenen Hauſes die Caution beſtellen muß, ſobald dies auf der einen Seite an ein baufälliges ſtößt und zu befürchten ſteht, daß es bei dem Einſturz des Letztern ſo beſchädigt wird, daß es auf das auf der andern Seite gelegene Nachbarhaus, für welches die Caution verlangt wird, ſtürzen kann. Hier würde ja alle Vorſicht und Sorgfalt des Caventen nicht helfen können, da er ja nur ſein Haus repariren

die Laſt mehr aufbürden, wie dem Andern, weil er die Möglichkeit zu repariren hatte, während ihm doch keine Pflicht dazu oblag — vielmehr wird jeder auch hier nach Verhältniß des Anrechts, welches er an der delinquirenden Sache hat, contribuiren müſſen. Der von Paulus in l. 22. pr. h. t. aufgeſtellte Geſichtspunkt:

> Si proprietarius de damno infecto repromisisset, vel forte aliquid praestitisset, aut contra fructuarius aliquid praestitit, *iniquum est*, alterum sine damno uti aedibus, aut aedes habere.

ſpricht ebenfalls für eine Theilung der Laſt in derartigen Fällen. Dagegen kann man allerdings mit einigem Schein die l. 20. de damno inf. anführen, wo Gaius dem Uſufructuar die Befugniß zugeſteht, vom Eigenthümer die Caution de soli vitio zu fordern[f2]), und man kann daraus eine allgemeine Verpflichtung des Letztern ableiten wollen, überall, wo es ſich um ein soli vitium handelt, die ganze Cautionslaſt zu tragen, indem es ja inkonſequent erſcheine, daß der Uſufructuar da, wo er ſelbſt wegen eigenen Schadens vom Eigenthümer Caution fordern kann, von dieſem wieder gezwungen wird, Erſatz zu leiſten, falls Dritte Schaden leiden. Allein der Uſufructuar kann auch Noxalklagen wegen Vergehungen des uſufructuariſchen Sklaven gegen den Eigenthümer anſtellen, und doch

---

kann und eben an ſeinem nichts zu repariren iſt. Wenn Ulpian in l. 13 § 2 jener Regel hinzufügt: **sed quum prospicere sibi potuerit damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur**, ſo wird damit der Grund derſelben nicht in einer Nachläſſigkeit des Cautionspflichtigen geſucht — denn auch, wenn er ſich vom Eigenthümer des baufälligen Hauſes Caution beſtellen ließ, muß er doch caviren, — ſondern dieſelbe wird nur gegen den Einwurf der Härte gerechtfertigt.

f2) Dieſer Anſpruch des Uſufructuars auf Leiſtung einer ſolchen Caution durch den Eigenthümer iſt nur deßhalb auf den Fall des **soli vitium** beſchränkt, weil hier der Uſufructuar zu einer Beſeitigung der drohenden Gefahr außer Stande ſein wird. Bei einem **vitium aedium** oder **arborum** kann er ſich ſelbſt durch Bauten u. ſ. w. helfen, und muß er deßhalb mehr Aufwand machen, als ihm aus der uſufructuariſchen Caution obliegt, ſo kann er ſich durch Retention nach Beendigung des Uſusfructs ſchadlos halten. Die **cautio de damno inf.** hat aber mehrfach einen ſubſidiären Charakter und fällt weg, wo auf andere Weiſe geholfen werden kann. Bangerow a. a. O. X, 1.

wird er zur Beisteuer herangezogen, wenn der Sklave gegen Dritte delinquirt, und zwar, weil durch die Auslösungssumme sein Usus-fruct so gut gerettet wird, wie das Eigenthum. Gleiches gilt hier, denn die Leistung der cautio de damn. inf. ist ebenfalls der Preis, um welchen Ususfruct und Eigenthum dem Bedrohten gegenüber geborgen werden, und zu dem daher Beide contribuiren müssen[g2]).

So kommen wir denn auch hier zu dem Schlusse, daß die Verpflichtung des Usufructuars zur Cautionsleistung, falls das usufructuarische Grundstück Gefahr drohend für Andere ist, eine durchaus singuläre Erscheinung ist, und daß von derselben keinerlei Schlüsse gemacht werden dürfen, um den regelmäßigen Umfang der Belastung des Usufructuars zu bestimmen.

§. 54.

Die Restitution der Sache nach beendetem Ususfruct.

Der zweite Theil der usufructuarischen Caution, wie sie der Prätor forderte, handelte von der Restitution der Sache nach beendigtem Ususfruct. Nach Ulpians Bericht in l. 1 pr. usufruct. quemadm. 7, 9 lautet sie regelmäßig etwa also:

> Quum ususfructus ad me pertinere desinet, restituam, quod inde exstabit.

Dadurch war also der Usufructuar in ein Obligationsverhältniß getreten, welches ihn, wie der Leihvertrag, die Miethe u. s. w., zur Restitution einer speciellen körperlichen Sache verpflichtete und für ihn und seine Erben auch über die Dauer der Servitut hinaus bis zur Erfüllung fortbestand. Ja aus diesem Versprechen haftete er auch dann, wenn ein Ususfruct in Wahrheit gar nicht vorhanden

---

g2) Wenn Paulus in den schon erwähnten Schlußworten der l. 10 h. t. sagt: Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet, so kann daraus namentlich bei dem Gesichtspunkt, den Paulus in l. 22 aufstellt, nicht gefolgert werden, daß hier der Eigenthümer allein die ganze Last zu tragen habe, sondern der Jurist wählt das soli vitium nur als Beispiel, weil es da meisten Theils am unzweifelhaftesten sein wird, daß dasselbe ohne irgend welche Schuld des Usufructuars entstanden ist, und derselbe deßhalb theilweise Abnahme der Last fordern kann.

geweſen war, ſondern er die Caution in der irrthümlichen Annahme eines ſolchen geleiſtet und die Sache in Empfang genommen hatte[a]). Die Caution ging auch nicht allein auf die Reſtitution der uſufructuariſchen Sache, ſondern von Allem „quod inde exstabit“, und dahin gehören alle Acceſſionen und Erzeugniſſe derſelben, welche nach der in § 52 gegebenen Regel nicht unter den Begriff der Früchte und daher in das Eigenthum des Uſufructuars fallen, ſoweit ſie nicht etwa befugter Maßen wieder auf die Hauptſache verwandt worden ſind (vgl. § 52 S. 487). Dahin gehören ferner auch die Materialien, in welche die Sache bei ihrer Vernichtung übergegangen iſt[b]). Um für das, was zu reſtituiren iſt, einen Anhaltspunkt zu haben, empfiehlt Ulpian[c]), von vorne herein bei Abſchluß der Caution eine Schätzung vorzunehmen, damit man ſpäter ſicher wiſſe, wie die Sache beim Beginn des Uſusfructs beſchaffen war; der Uſufructuar wird dann beweiſen müſſen, daß die Verſchlechterung ohne ſeine Schuld erfolgt iſt, alſo durch Unglücksfälle, die er trotz der Sorgfalt eines diligens pater familias nicht vermeiden konnte, oder durch den regelmäßigen Gebrauch, wie er ihm bei der Uſusfructbeſtellung zugeſtanden war. Kann der Uſufructuar in Folge eigener Schuld die Sache nicht in Natur reſtituiren, ſo haftet er für den Werth derſelben in Gemäßheit der Regeln, welche ſonſt hinſichtlich der Unmöglichkeit der Erfüllung im Obligationenrecht gelten[d]).

Iſt das Eigenthum während der Dauer des Uſusfructs veräußert worden, ſo iſt damit die Verpflichtung zur Reſtitution an den erſten Eigenthümer, welchem die Caution beſtellt iſt, gänzlich erloſchen[e]); jene Cautionsformel erwähnt zwar nicht, an wen die Reſtitution geſchehen ſoll, aber es iſt wohl eine ſtillſchweigende und häufig vielleicht auch ausgeſprochene Vorausſetzung, daß ſie an den Stipulator, in ſo fern er dann noch Eigenthümer ſein werde, geſchehen ſolle. Der neue Eigenthümer hat aber als Singular-

a) L. 3 § 1 usufr. quemadm. 7, 9,
b) L. 1 § 7 daſelbſt.
c) L. 1 § 4 daſelbſt.
d) L. 1 § 7 daſelbſt.
e) L. 3 § 4 daſelbſt.

ſucceſſor deſſen, dem cavirt iſt, keinerlei Anſprüche aus dieſer Caution und wäre daher lediglich auf ſeine dingliche Klage und vielleicht auf eine Condiction deſſen, was der Uſufructuar unberechtigt durch Specification aus dem Stoff der uſufructuariſchen Sache gewonnen hat, beſchränkt, wenn ihm nicht der Prätor zu Hülfe gekommen wäre und dem Uſufructuar die Verpflichtung zur Beſtellung einer neuen Caution an den Erwerber der Sache auferlegt hätte (ſiehe den flgd. § 55). Hat der Uſufructuar ſchon vor der Veräußerung die Sache verletzt und dadurch dem frühern Eigenthümer alsbald eine Klage geſchaffen[f]), ſo wird angenommen werden dürfen, daß dieſe dem Erwerber mit dem Uebertragungsacte cedirt iſt[g]).

Der Uſufructuar kann in Folge der geleiſteten Stipulation mit einer actio stricti iuris genöthigt werden, die Sache alsbald nach beendigtem Uſusfruct zu reſtituiren; aber der Stipulation war eine clausula doli zugefügt worden, die, wie Ulpian in l. 5 usufr. quemadm. 7, 9 ſagt, in rem concepta war, und deßhalb auch allen Nachfolgern der ſtipulirenden Parteien gegenüber wirkſam ſein mußte, und in Folge dieſer konnten jener actio stricti iuris einredeweiſe Alles entgegengeſetzt werden, was gegen die bona fides verſtieß. Dadurch iſt nun namentlich dem Uſufructuar auch ein Mittel gegeben, um Erſatz der Verwendungen vom Eigenthümer zu erlangen, welche er zur Erhaltung oder zur Verbeſſerung der Sache auf dieſelbe gemacht hat, ſoweit er dazu nicht nach den Erörterungen des vorigen Paragraphen verpflichtet war. Denn es wäre unbillig, wenn der Eigenthümer fortan ohne welche Belaſtung eine Sache innehaben ſollte, die nur in Folge der Verwendungen des Uſufructuars überhaupt noch exiſtirt oder doch in dem glücklichen Zuſtande iſt, in welchem ſie jetzt dem Eigenthümer Nutzen gewährt, dieſe Unbilligkeit kann nicht in der Abſicht der Stipulanten gelegen haben, und da nun die beigefügte Klauſel dem Richter die Befugniß giebt, trotz dem Wortlaute in billiger Weiſe nach dem wahrſcheinlichen Willen der

f) Vgl. § 51 S. 475.

g) Denn dieſer wird ja faſt immer einen Vertrag enthalten, da originäre Erwerbungen bei einer Sache, an der ein fremder Uſusfruct beſteht, ſehr ſelten ſein werden.

Conſtituenten zu forſchen und demgemäß zu entſcheiden, ſo wird er ſeinen Schutz verweigern, ſo lange nicht den Anſprüchen des Uſufructuars Erſatz zu Theil geworden iſt, — mit andern Worten, er giebt der actio de usufructu gegenüber ein Retentionsrecht wegen der vom Uſufructuar gemachten impensae utiles und necessariae. Daſſelbe wird er aber auch ertheilen, wenn der Eigenthümer ſeine Vindication anſtellt, um die Sache zurückzuerhalten, und ſo gut der bonae fidei possessor ſie erſt herauszugeben braucht, nachdem ihm Erſatz für die von ihm gemachten Verwendungen gewährt iſt, ſo gut wird die Vindication auch hier ihren Charakter als eine auch die Billigkeit berückſichtigende Klage beibehalten haben. Ausdrücklich erwähnt wird dies Retentionsrecht nur für den ſchon beſprochenen Fall, wo der Uſufructuar Verwendungen gemacht hat, um die Noxalklagen oder eine Immiſſion wegen Nichtbeſtellung der cautio damni infecti zu beſeitigen; dadurch wird aber ſchon genügend documentirt, daß das obige Princip zur Anerkennung gelangt iſt, wofür auch noch weiter die Analogie der Regeln, welche in dieſer Beziehung bei Reſtitution der Dos gelten, beweiſend iſt[h]).

Daneben wird uns im Codex ein hierher bezügliches Reſkript Gordians an den Soldaten Ulpian überliefert [l. 7 C. de usufructu 3, 33], das folgender Maßen lautet:

> Eum, ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumtibus praestare debere, explorati iuris est. Proinde si quid ultra, quam impendi debeat, erogatum potes docere, *solemniter reposces.*

Darin ſcheint nun nicht nur die Erſatzpflicht des Eigenthümers ausgeſprochen zu ſein, ſondern auch dem Uſufructuar eine ſelbſtändige Klage auf Rückerſtattung der Auslagen zugeſtanden zu werden. Denn was kann ſonſt das *solemniter* reposces heißen? Da aber dieſe Stelle auf keinen Fall erſt eine neue Klage ſchaffen, ſondern ihrer ganzen Faſſung nach nur einen beſtehenden Rechtsſatz anwenden will, ſo entſteht die Frage, welche Klage denn in ſolchem Falle zuläſſig erſcheint. Man könnte verſucht ſein, hier die actio negotiorum gestorum contraria für anwendbar zu halten, da ſie ja dem Eigen-

h) Vgl. tit. de imp. in res dot. fact. 25, 1.

thümer gegen den Usufructuar zugestanden wird, wenn er für den Letztern nöthige oder nützliche Verwendnngen während der Dauer des Ususfructs gemacht hat, obgleich er doch bei Verbesserung seiner eigenen Sache auch seinen Vortheil im Auge gehabt haben wird [vgl. § 53 S. 506]; so, könnte man sagen, muß auch umgekehrt der Usufructuar klagen können, wenn er da, wo er nicht verpflichtet ist, gleichzeitig für sein eigenes und für das Interesse des Eigenthümers thätig ist. Allein das Verhältniß ist in beiden Fällen doch kein gleiches. Denn wenn der Eigenthümer, während der Usufructuar in der Ausübung des Ususfructs ist und demgemäß die Sache detinirt [das setzten wir ja oben S. 510 voraus, wenn die Klage zulässig sein sollte], um Schaden abzuwenden, einschreitet und die Handlungen vornimmt, zu denen der Usufructuar rechtlich verpflichtet ist, und wegen deren Nichtausübung der Eigenthümer daher später Entschädigung fordern könnte, so nimmt dessen Verfahren schon in seiner ganzen äußern Erscheinung den Charakter als negotium alienum, als ein Eingriff in die fremde Vermögensverwaltung an; dagegen ist die Thätigkeit des Usufructuars, wodurch die Sache verbessert wird, in ihrer ersten und nächsten Richtung der Regel nach nur dazu bestimmt, dem eigenen Vermögen Vortheil zu bringen, und es erscheint nur als eine allerdings nothwendige, aber darum doch nicht als allein bestimmend einwirkende Folge derartiger Verbesserungen, daß auch der Eigenthümer dadurch in eine günstigere Lage kommt. Möglich kann es allerdings sein, daß auch der Usufructuar nur und allein eine Verwendung auf die Sache macht, um den Eigenthümer zu bereichern und also mit der Absicht, lediglich für ihn zu handeln, — aber das wird er schwerlich da beweisen können, wo er selbst ebenfalls Vortheil aus der Verbesserung der usufructuarischen Sache zieht. Wo dies nicht der Fall ist, wird die actio neg. gest. contr. anwendbar sein; wie wenn z. B. der Usufructuar ein Pfandrecht ablöst, das jünger, als sein Ususfruct ist, und das diesem daher nicht gefährlich werden konnte (vgl. § 8 S. 79 ff.), oder wenn er eine Anlage macht, deren Vortheile erst zu einer Zeit in Wirkung treten sollten, wo der Ususfruct lange beendigt ist. Aber auch nur in derartigen Fällen wird die actio neg. gest. contr. zugelassen werden dürfen, und als ein allgemein brauchbares Rechtsmittel, um dem

Usufructuar seine Verwendungen wieder zu erstatten, wird sie nicht angesehen werden können. Eine andere selbständige Klage wird hierfür aber auch nur dann vorhanden sein, wenn der Usufructuar ausdrücklichen Auftrag zur Vornahme von Verbesserungen vom Eigenthümer erhalten hat, oder dieser ihm ein förmliches Versprechen auf Restitution der Verwendungen ertheilt hat.

Wollte man weiter gehen und überall eine selbständige Klage auf Ersatz der Impensen gegen den Eigenthümer zulassen, so müßte man auch anerkennen, daß sie schon während der Dauer des Usufructs angestellt werden könne, und das würde dann eine für den Eigenthümer sehr harte und ungerechte Bestimmung sein, indem er, der vielleicht auf lange Zeit hinaus keinerlei Vortheil aus der usufructuarischen Sache haben wird, nun zu fortwährenden Geldleistungen für dieselbe angehalten werden könnte, wodurch das nackte Eigenthum mitunter einen sehr zweifelhaften Werth erhalten dürfte. Dann wäre auch die oben § 53 S. 507 ff. besprochene l. 50 de usufr. ganz unverständlich, wo dem Eigenthümer gestattet wird, wegen außerordentlicher Bauten, die er vorgenommen hat, dem Innehaber eines halben Usufructs gegenüber bis zum Ersatz der auf diese Hälfte fallenden Kosten Retention zu üben. Denn der Usufructuar hätte dann ja, unmittelbar nachdem er diese außerordentlichen Leistungen gemacht hat, einen klagbaren Anspruch gegen den Eigenthümer, und so wäre es widersinnig, daß dieser erst von ihm fordern soll, was er gleich selbst wieder ersetzen muß.

Dieselben Gründe führen uns aber auch dazu, noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß die Vornahme außerordentlicher Verbesserungen durch den Usufructuar nicht nur keine Klage gegen den Eigenthümer erzeugt, sondern daß dieser nicht einmal naturaliter zum Ersatz der Kosten verpflichtet ist. Ebenso, wie der bonae oder malae fidei possessor Ersatz seiner Verwendungen nur und allein bei Gelegenheit der Vindication der Sache, auf welche sie gemacht sind, oder nach Anstellung der Publiciana nicht aber bei irgend einer andern Klage geltend machen kann, so kann es auch der Usufructuar nur dann, wenn die actio de usufructu oder die Vindication gegen ihn angestellt ist. Am unzweifelhaftesten ist dies da, wo der Usufructuar zur Abwendung der Noxalklage oder der Immission wegen nicht

beſtellter cautio de damno inf. Verwendungen gemacht hat, indem es ja hier weſentlich iſt, daß der Eigenthümer die freie Wahl habe, ob er die Sache verlieren oder die Abfindungsſumme leiſten will, und er aus dieſer Stellung herausgedrängt würde, wenn die Verwendungen auf irgend eine Weiſe gegen ſeinen Willen von ihm beigetrieben werden könnten. Doch auch in andern Fällen muß das Gleiche gelten, wie das namentlich da entgegentreten wird, wo die uſufructuariſche Sache beim Uſufructuar ohne deſſen Schuld untergegangen und damit jede Klage gegen den Letztern oder jeder ſonſtige Vortheil aus dem Eigenthum erloſchen iſt. Hätte da z. B. jemand kurz vor dem Untergang der Sache die nuda proprietas an derſelben erworben, ſo könnte das vortheilhafte Geſchäft, was er beabſichtigte, nur den Erfolg für ihn haben, daß er ſpäter deßhalb Abzüge für Verwendungen bei andern Forderungen erdulden müßte. Alles dieſes widerſpräche den ſonſtigen Grundſätzen über Eigenthum durchaus, und kann demnach der Uſufructuar den Erſatz der Verwendungen nur durch Retention bei Anſtellung der Vindication oder der Klage aus der cautio usufructuaria erzwingen.

Damit nicht zu verwechſeln iſt die Condiction, die ihm unter Umſtänden gegen den Eigenthümer zuſtehen wird, und die allerdings auch durch die Verwendungen veranlaßt ſein kann, die er auf die uſufructuariſche Sache gemacht hat, aber nicht ſowohl den Erſatz dieſer Verwendungen erwirken ſoll, als vielmehr die Rückerſtattung des Zuwachſes, welcher dem Vermögen des Eigenthümers ohne Grund aus dem des Uſufructuars geworden iſt. Denn wenn die Sache ohne Zuthun des Letztern bereits in die Hände des Eigenthümers gelangt iſt, oder er ſie, ohne daß er deßhalb dieſem den Betrag der Impenſen ſchenken wollte, in der begründeten Vorausſetzung freiwillig zurückgegeben hat, daß der Eigenthümer ihm dennoch denſelben erſtatten werde, ſo wird die Bereicherung, welche daraus dem Letztern noch zur Zeit der Klaganſtellung geblieben iſt, vom Uſufructuar condicirt werden können. Direct anerkannt wird das freilich nicht für den vorliegenden Fall, wohl aber für den ganz analogen, wo der Ehemann die Dos reſtituirt hat, ohne die Impenſen abzuziehen[i]).

i) L. 5 § 2 de impens. in res dotal. 25, 1.

Wenn wir nun hiernach eine allgemeine Klage gegen den Eigenthümer unmittelbar auf Erſtattung der Impenſen nicht aufzufinden vermögen, ſo bleibt nichts übrig, als für jene in l. 7 C. de usufr. von Gordian erwähnte Klage die Begründung der uns vorenthaltenen Anfrage des Soldaten Ulpian zu überweiſen, ſo daß wir, wie wir ja ſo häufig bei den Entſcheidungen des Codex aus dieſen erſt ihre factiſchen Vorausſetzungen reconſtruiren müſſen, hier ſubintelligiren, daß der Eigenthümer bis zum ganzen Belauf der Impenſen bereichert und die Reſtitution irrthümlich ohne Abzug geſchehen, oder die Retention unmöglich geweſen ſei, oder ferner, daß die Verwendung nur zu Gunſten des Eigenthümers, oder kraft Auftrags geſchehen ſei u. ſ. w.

Fragen wir nun aber, von welchen Verwendungen kann überhaupt der Erſatz beanſprucht werden, ſo ſind zunächſt die impensae voluptuariae auszuſchließen, und zwar ſpricht dafür nicht nur die Analogie der einſchlagenden Beſtimmungen des Dotalrechts[k]), ſondern auch die Billigkeit, die zur Begründung des Retentionsrechts des Uſufructuars ſo weſentlich nöthig iſt. Denn höchſt unbillig wäre es, wenn der Eigenthümer die Koſten hergeben ſollte, damit der Uſufructuar die Sache, an der er ja nur ein vorübergehendes Recht hat, ſeinen Launen anpaſſe. Von dem impensae utiles und necessariae brauchen ſodann natürlich alle die nicht erſetzt zu werden, die nur gemacht ſind, um eine dem Uſufructuar obliegende Pflicht zu erfüllen, und die deßhalb dieſem ein für allemal aufgebürdet ſind[l]).

---

k) L. 9 und l. 11 de impens in res dot.

l) Dazu gehören auch die Beſtellungs- und Ausſaatkoſten, und es iſt gewiß unrichtig, wenn man, wie das faſt immer geſchieht [vgl. z. B. Glücks Commentar Bd. IX S. 334], dem Uſufructuar zugeſteht, daß er Erſatz derſelben verlangen kann, falls der Uſusfruct vor der Ernte beendigt wird und alſo die Früchte, zu deren Erzielung die Verwendungen gemacht ſind, dem Eigenthümer zufallen. Die Analogie des Dotalrechts kann hier nicht entſcheiden; denn das ſchreibt ja eine verhältnißmäßige Vertheilung der Früchte auf die ganze Fruchtperiode vor, ſo daß der Ehemann einen Theil derſelben erhält, wenn die Ehe auch lange vor der Ernte beendigt wird. Daß die Beſtellungskoſten hier ebenfalls auf die ganze Fruchtperiode vertheilt werden, folgt aus dem Satze, daß ſie die Früchte minderen [l. 46 de usur. 22, 2]. Wie aber dieſer Satz auch

Sodann werden wenigſtens die impensae utiles einer richterlichen Moderation unter Umſtänden unterworfen werden können; denn wenn dieſe ſchon da eintritt, wo der bonae fidei possesor, der doch glaubte, auf die eigene Sache Verwendungen zu machen, die Einrichtungen in ſo großartigem Stile traf, daß es für den Eigenthümer in ſeinen individuellen Verhältniſſen unmöglich werden mußte, die Sache gegen Erſatz ſo großer Koſten einzulöſen[m]), — ſo muß eine Ermäßigung mit weit größerm Rechte da eintreten, wo der Uſufructuar ſo verfuhr, trotzdem, daß er wußte, daß der Eigenthümer, welcher die Koſten erſetzen müſſe, eine ſo hohe Einlöſungsſumme nicht werde erſchwingen können. Ja ſelbſt dann handelte er gegen die bona fides und verwirkte damit den prätoriſchen Schutz, der ja nur der bona fides galt, wenn er wußte, daß der Erſatz ſolcher Verwendungen dem Eigenthümer zwar nicht unmöglich ſein werde, ihn aber doch unverhältnißmäßig belaſten werde. Auch hier wird das richterliche Moderationsrecht eintreten.

Noch ein Grund zur Minderung der zu erſetzenden Impenſen, von dem freilich die Quellen in der Lehre vom Uſusfruct auch nichts berichten, möchte in Folgendem liegen: Verhältnißmäßig nur wenige Verwendungen bezwecken und erzielen einen Erfolg, der vorausſichtlich

---

bewirken ſoll, daß der Uſufructuar Erſatz erhält, wofür Glück ihn doch citirt, iſt nicht abzuſehen; denn keineswegs iſt ſein Sinn etwa der, daß wer die Frucht erntet, immer auch die Beſtellungskoſten tragen müſſe, indem z. B. da, wo ein Uſusfruct an einem bereits beſtellten Grundſtück conſtituirt wird, niemand verlangen wird, daß der Uſufructuar dem Eigenthümer Erſatz für die Beſtellung leiſte, es ſei denn dies ausdrücklich verabredet. Da nun aber in l. 13 § 2 de usufr. beſtimmt geſagt wird, der Eigenthümer könne mit einer Klage fordern, daß der Uſufructuar den Acker aufbreche u. ſ. w., ſo wird dieſer auch einen Erſatz der regelmäßigen Beſtellungskoſten nicht verlangen können. Denn deren Verwendung gehört mit zu dem, was er verſprach, als er cavirte: boni viri arbitratu se usurum fruiturum. Daß das mitunter hart erſcheinen kann, läßt ſich nicht läugnen, namentlich dann, wenn ſchon in der erſten Fruchtperiode der Uſusfruct wieder endet; aber dies iſt doch nicht mehr der Fall, als wenn der Uſufructuar gleich Anfangs das Dach repariren läßt, und nun, ehe er zum Bewohnen des Hauſes gekommen iſt, ſein Uſusfruct endet, wo man doch nicht eine Erſatzpflicht des Eigenthümers anerkennen wird.

m) L. 38 de R. V. 6, 1.

in allen Zeiten unverändert derſelbe bleiben wird. Es giebt derartige, wie z. B. ein ſumpfiges Grundſtück durch Ableitung des Waſſers für immer trocken gelegt oder durch Auszahlung einer Pfandſchuld für immer von derſelben befreit ſein kann u. ſ. w, und dann iſt kein Grund vorhanden, daß nicht der Eigenthümer, falls nur die Verwendung mit der Sorgfalt und Einſicht eines vir bonus gemacht iſt, vollen Erſatz leiſten muß und zwar ohne Rückſicht darauf, ob gleich im Anfang des Uſusfructs dieſe Einrichtung getroffen und alſo auch ſchon vom Uſufructuar mit Vortheil benutzt iſt, oder ob ſie erſt unmittelbar vor dem Heimfall geſchah; denn ihm, dem Eigenthümer, gewährt ſie ja in jedem Falle dieſelbe Bereicherung. Zinſen für das aufgewandte Kapital wird der Uſufructuar für die Dauer des Uſusfructs allerdings nicht beanſpruchen können, denn dafür hatte er ja die Zeit über den Nutzen davon. Die meiſten Verwendungen werden aber von der Art ſein, daß ſie, auch wenn keine außerordentliche Ereigniſſe ihren Zweck vereiteln, doch nur für einen beſtimmten, im Voraus wenigſtens annäherungsweiſe zu beſtimmenden Zeitraum Erfolg haben können, und bei ſolchen liegt es ſchon auf der Hand, daß es im höchſten Grade unbillig wäre, wenn der Eigenthümer dafür Erſatz leiſten müßte, trotzdem daß, ſchon ehe der Uſusfruct erloſchen war, die ganze Wirkung davon aufgehört hatte. Wenn alſo hier die Erſatzpflicht ganz wegfällt, ſo muß ſie da, wo die Wirkung zwar noch fortdauert, aber doch die Verwendung zum Theil ſchon vom Uſufructuar ausgebeutet iſt, nach dem Verhältniß der Zeit, in welcher ſie bereits Nutzen geleiſtet hat, und der, in welcher ſie noch Nutzen leiſten ſoll, zu Gunſten des Eigenthümers reducirt werden. Hat daher z. B. der Uſufructuar zu Anfang des Uſusfructs eine Scheune gebaut, die wahrſcheinlich nur hundert Jahre hindurch wird benutzt werden können, und ſie ſelbſt funfzig Jahre hindurch benutzt, ſo wird er nur ungefähr die Hälfte der Verwendungen erſetzt erhalten können. Bei Fixirung des zu reſtituirenden Betrags wird jedoch in dieſem Falle auch darauf Rückſicht genommen werden müſſen, was nach den hundert Jahren die übrigbleibenden Baumaterialien werth ſein werden, und demgemäß die Forderung des Uſufructuars erhöht werden können, dagegen aber wieder die größern Nachtheile in Anrechnung gebracht werden müſſen, welche

mit der Benutzung der Scheune während der zweiten Hälfte ihres Bestehens verbunden sind, wie z. B. häufige Reparaturkosten, und auch demgemäß ist die usufructuarische Forderung herabzusetzen. Ueberhaupt aber wird dem Richter ein ziemlich freies Ermessen vorbehalten werden müssen, wenn er hier zu einer billigen und zweckdienlichen Entscheidung gelangen soll.

Ein ius tollendi, wie es dem bonae fidei possessor hinsichtlich der Verwendungen zusteht, für die er keinen Ersatz erhält, wird dem Usufructuar ausdrücklich abgesprochen. Ulpian sagt in der l. 15 pr. de usufr.:

> Sed si quid inaedificaverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse, refixa plane posse vindicare[n]).

Und für diese Bestimmung läßt sich mit gutem Grunde anführen, wie die Verpflichtung des Usufructuars in jedem Momente bis zur erfolgten Restitution auf ein uti frui boni viri arbitratu gerichtet ist, und daß er daher die Sache auch in keinem Moment absichtlich verletzen und verschlechtern darf, möge er immerhin früher selbst sie ohne Nothwendigkeit verbessert haben. Sollte das ius tollendi ausnahmsweise einmal geübt werden können, ohne daß darin irgend welche Verschlechterung der Sache oder irgend eine dem Usufructuar untersagte Veränderung läge, so wird man es demselben wohl zugestehen müssen.

---

n) Wenn in l. 12 de usufr. legat 33, 2 gesagt wird, daß der Eigenthümer die Gebäude, welche er eigenmächtig während der Dauer des Usufructs, also mit Verletzung desselben, gebaut habe, nicht auch gegen den Willen des Usufructuars niederreißen dürfe, es sei denn, daß er es thue, ehe der Letztere ihn daran verbindere, — und damit also in einem ganz ähnlichen Falle ein ius tollendi wenigstens in beschränkter Hinsicht anerkannt ist, so hängt das damit zusammen, daß dem Eigenthümer nicht die positive Verpflichtung obliegt, die Sache so und so zu behandeln, sondern daß ihm nur untersagt ist, den Usufruct zu beschädigen. Greift er in das Recht des Usufructuars ein, da muß er den etwa entstandenen Schaden ersetzen; hier werden nun die beiden Handlungen, das Bauen und das Niederreißen, wenn sie nicht etwa der Usufructuar dadurch trennt, daß er ein Verbot interponirt, als eine einzige angesehen, und diese beiden zusammen haben weder Vortheil gebracht noch Schaden gestiftet, es ist ja Alles wie vorher und deßhalb nichts zu ersetzen. Wo aber contractlich eine Verpflichtung zur Sorgfalt eingegangen ist, kann dieser milden Behandlungsweise kein Raum gewährt werden.

§ 55.

Die Theilbarkeit des Ususfructs.

Als eine charakteristische Eigenthümlichkeit des Ususfructs, wodurch er sich von fast allen andern Servituten unterscheidet, erscheint die Theilbarkeit desselben, unter welchen Rechtsbegriff die Regeln zusammengefaßt werden, daß Mehrere gemeinsam einen Ususfruct an derselben Sache haben können und jeder dann zu einer ideellen Quote berechtigt ist[a]), — daß er von dem Eigenthümer einer ganzen Sache nur für einen ideellen Theil derselben bestellt werden kann[b]), — daß er auch von einem einzelnen Miteigenthümer für seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache oder nur für einen ideellen Theil dieses Antheils errichtet werden kann[c]), — daß ein bestehender Ususfruct zu einem ideellen Antheil untergehen kann[d]), — und, wie wir hinzufügen können, daß der Innehaber eines Ususfructs ideelle Theile desselben auf Andere übertragen kann [vgl. § 28 S. 256 ff.]. Diese Sätze haben für fast alle andern Servituten keine Anwendung, die deßhalb auch wiederholt als untheilbar in den Quellen bezeichnet werden[e]), und auf Grund dieser Unterscheidung gelten für jede der beiden Klassen von Servituten wieder in manchen wichtigen Beziehungen verschiedene Grundsätze, so hinsichtlich der Entstehung und des Untergangs der Servituten.

---

a) L. 13 § 3, l. 49 de usufr.; l. 7 § 7 comm. div. 10, 2; l. 32 de stipul. serv. 45, 3.

b) L. 5, l. 50 de usufr.; tit. de usufr. accresc. 7, 2; l. 1 § 9, l. 81 pr. ad leg. Falcid. 35, 2; l. 13 § 1 de accept. 46, 4.

c) L. 49 de usufr.

d) L. 14 quib. mod. usufr. 7, 4: Excepta capitis minutione vel morte reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt.

e) Z. B. in l. 2, l. 11 de serv. 8, 1; l. 32 de S. P. R. 8, 3; l. 6 § 1 comm. praed. 8, 4; l. 4 § 4 si serv. vind. 8, 5; l. 25 § 9 fam. erciso. 10, 2; l. 7 de serv. leg. 33, 3. — An einer Realservitut ist eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen jedoch in so fern möglich, als das herrschende Grundstück im Miteigenthum Mehrerer stehen kann, wo sich auch die Servitutberechtigung ihrer engen Verbindung mit der Sache wegen in einem gleichen Theilungsverhältnisse zerspaltet.

Forſchen wir aber nach dem innern Grunde der Lehre von der Untheilbarkeit der meiſten Servituten, ſo müſſen wir dieſen trotz ſo mannigfacher Einwendungen und Angriffe noch immer mit Donell [Commentar B. 7 C. 9] zuerſt darin ſuchen, daß eine theilweiſe Benutzung der Servitutbefugniß eine Unmöglichkeit iſt, indem niemand z. B. nur zur Hälfte gehen, zur Hälfte Waſſer leiten kann, ſondern entweder ganz geht und Waſſer leitet, oder gar nicht. Dagegen hat man allerdings geſagt f), das ſei nur ein Scheingrund, der nur in rohen und unbehülflichen Zeiten ein Hinderniß hätte abgeben können, da man ſich ja doch meiſtentheils durch eine Theilung nach Quantität, Zeit und dergl. hätte helfen können, — allein man ändert bei einer ſolchen Argumentation eigenmächtig das Theilungsobject und verfährt ebenſo, als wenn man bei einem Miteigenthume Mehrerer jedem dieſer Intereſſenten alsbald körperliche Theile der gemeinſamen Sache zum ausſchlieslichen Eigenthum zuſprechen wollte. Wie in dieſem Falle jeder an jeder Scholle ein Anrecht, aber an keiner ein ausſchließliches Anrecht hat, ſo müßte auch, wenn man eine Gemeinſchaft Mehrerer an einer Servitut zu intellectuellen Theilen annehmen wollte, jeder ein Anrecht auf jede einzelne daraus fließende Befugniß haben und keiner irgend eine allein aus eigenem Rechte vornehmen dürfen. Ein gemeinſames Eigenthum Mehrerer iſt möglich, weil jeder Miteigenthümer ſein Anrecht auf einzelne Eigenthumshandlungen auf einen der Mitintereſſenten oder auf einen Dritten übertragen kann, ſo daß dieſer nun die Geſammtbefugniß zu dieſer Handlung in ſich vereint, und auf ſolche Weiſe das Eigenthum ausgebeutet werden kann, — eine gemeinſame Realſervitut zu Gunſten verſchiedener Grundſtücke oder ein gemeinſamer Uſus iſt nicht möglich, weil ſie unbenutzbar wären, indem jede einzelne Ausübungshandlung nur und allein ſo vorgenommen werden kann, daß ſie unmittelbar dem Innehaber der Servitut zu Gute kommt, beziehungsweiſe auf das herrſchende Grundſtück verwandt wird, und deßhalb eine Ueberlaſſung des Anrechts auf die einzelnen Handlungen an andere Mitintereſſenten, als dem Princip der Unveräußerlichkeit dieſer,

f) Z. B. Schrader civ. Abhandlungen. S. 288.

Servituten widerſtreitend, nicht ſtattfinden kann[g]). Beim Uſusfruct und den ihm nachgebildeten veräußerlichen Servituten vermag dagegen dieſer Grund eine Untheilbarkeit nicht herbeizuführen; denn da, wo mehrere Uſufructuare concurriren, können ſie gemeinſam einen Dritten oder Einen aus ihrer Mitte beauftragen, die einzelnen Ausübungshandlungen vorzunehmen, und können daher dieſe ſowohl nach der Zeit, in welcher ſie vorzunehmen ſind, als nach dem Theil der dienenden Sache, wo ſie geſchehen ſollen, unter ſich vertheilen, und ebenſo kann aus gleichem Grunde da, wo der Uſusfruct nur an einem ideellen Theil beſteht, und ein oder mehrere Eigenthümer daher mit dem Uſufructuar concurriren, um die Nutzungen zu ziehen, die Gewinnung derſelben bald einem Uſufructuar, bald einem Eigenthümer von dem andern Theile überlaſſen werden.

Doch noch ein anderer Grund mußte mitwirken, um den Satz von der Theilbarkeit des Uſusfructs in ſeiner ganzen Ausdehnung entſtehen zu laſſen. In der Errichtung einer Servitut liegt nach unſerer frühern Ausführung immer eine Minderung der dienenden Sache, und darum kann ſie nur von demjenigen ausgehen, welcher

---

g) So ſagt auch ein Fragment von *Sextus Pomponius* [Bonner Corp. Juris Anteiust. S. 169]: Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat. Vgl. l. 17 de serv. 8, 1.

Dagegen können wieder die mehreren Miteigenthümer eines herrſchenden Grundſtücks ihr Anrecht auf ie einzelne Handlung ſchon deßhalb auf Einen von ihnen, oder auf ihren gemeinſchaftlichen Pächter u. ſ. w. übertragen, weil die Realſervitut durch jeden ausgeübt werden darf, der ſie unmittelbar zum Vortheil des herrſchenden Grundſtücks zu verwenden vermag, und dies von jedem geſchehen kann, der die betreffenden Eigenthumshandlungen auf demſelben vornehmen darf. Da nun das Recht aus dieſem Grunde eine Gemeinſchaft der mehreren Miteigenthümer an der dem gemeinſamen Grundſtück zuſtehenden Realſervitut zugelaſſen hatte, ſo mußte es auch Mittel zur Theilung dieſer Gemeinſchaft aufſtellen, falls die Bedingung, die Gemeinſchaft an dem herrſchenden Grundſtück, erloſch, und dieſes körperlich getheilt wurde, und da griff es zu dem oben [§ 11, S. 240] beſprochenen und gerechtfertigten aber immerhin ſingulären Mittel, daß es nicht jede einzelne Handlung, zu welcher die Servitut ermächtigt, ſondern die Geſammtheit der mehreren Handlungen als das zu theilende Object auffaßte.

die volle Herrſchaft über die Sache hat und über die Subſtanz derſelben frei zu verfügen vermag. Der einzelne Miteigenthümer hat dies Recht aber noch nicht, ſondern er hat für ſich allein nur die Befugniß, jede Einwirkung Anderer auf die gemeinſame Sache zu unterſagen, und erſt in Gemeinſchaft mit den übrigen Miteigenthümern iſt er zu einer poſitiven Eigenthumshandlung ermächtigt[h]). Darum kann er auch nicht für ſich allein die ganze Sache durch Servitutbeſtellung vermindern, zumal dadurch ja der Sevitutberechtigte, wenn wir von den negativen Servituten abſehen, die Befugniß zur Vornahme beſtimmter poſitiver Handlungen mit der gemeinſamen Sache und ſomit ein Recht erhalten würde, wie es ſein Auctor, der einzelne Miteigenthümer, ſelbſt vor der Servitutbeſtellung nicht hatte. Man ſollte nun glauben, dieſelben Urſachen müßten die Theilbarkeit des Uſusfructs beſchränken, da ſeine Beſtellung ebenfalls eine theilweiſe Minderung der Sache enthält und auch er regelmäßig die Befugniß verleiht, unmittelbar mit dem Körper der Sache beſtimmte Handlungen vorzunehmen, und wenn man daher auch zugeſtände, daß ein Uſusfruct an einem ideellen Theil durch den alleinigen Eigenthümer oder durch die Geſammtheit der Miteigenthümer beſtellt werden könne, ſo ſei damit die Errichtung eines Uſusfructs durch den Eigenthümer eines ideellen Theils der Sache durchaus noch nicht geſtattet.

Gleichwohl wird dieſe, wie oben erwähnt iſt, in den Quellen als möglich anerkannt, und das erklärt ſich daraus, daß der Uſusfruct von jeher dazu beſtimmt war, einem Nichteigenthümer zeitweilig die Vortheile des Eigenthums zuzuwenden, und da nun ein Miteigenthum Mehrerer von jeher möglich war, ſo mußte der Gedanke nahe liegen, auch die Vortheile einer Quote des Eigenthums auf dem Wege der Uſusfructbeſtellung einem Nichtintereſſenten zu übertragen. Dieſer kann nun allerdings nicht in Folge ſeines partiellen Uſusfructs kraft eigenen Rechts poſitive Handlungen mit derſelben vornehmen und nicht etwa alsbald beanſpruchen, zeitweiſe allein zu gebrauchen oder eine Quote der Früchte zu beziehen, ſondern er kann

h) L. 28 comm. div. 10, 3; l. 10 pr. § 1 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3.

nur alles das für den Eigenthümer vornehmen, wodurch dieſer aus der gemeinſamen Sache Nutzen zu ziehen pflegt, er hat gleichſam nur einen Uſusfruct an den Befugniſſen, welche aus dem partiellen Eigenthum fließen, und tritt in die Communion der Miteigenthümer ein, um in derſelben, ſoweit ihm nicht die Beſchränkungen entgegentreten, die überall der zu freien Dispoſition des Uſufructuars geſetzt ſind, alle die Befugniſſe auszuüben, die ſonſt dem Eigenthümer dieſes Theils zuſtehen würden, während dagegen die Befugniſſe des Letztern in der Communion, ſo lange der Uſusfruct ausgeübt wird, und ſo weit das uſufructuariſche Recht geht, gänzlich ſuspendirt ſind. Weil aber auch da, wo der alleinige Eigenthümer der ganzen Sache einen Uſusfruct an einem ideellen Theil beſtellt hat, der Innehaber desſelben in gleicher Weiſe nur in Gemeinſchaft mit den Uſufructuaren der übrigen Theile oder, wo ſolche nicht vorhanden ſind, mit dem Eigenthümer handeln kann, ſo iſt es in ſoweit gleichgültig, ob der partielle Uſusfruct durch den Eigenthümer der ganzen Sache oder durch den einzelnen Miteigenthümer für deſſen Antheil errichtet iſt.

Doch anders muß es ſich bei den übertragbaren perſönlichen Servituten verhalten, die nicht den ganzen Complex der regelmäßigen Vortheile des Eigenthums, ſondern nur eine einzelne oder mehrere feſt beſtimmte Befugniſſe auf den Berechtigten übertragen ſollen, obwohl ſie in den Quellen meiſtens ganz dem Uſusfruct gleich behandelt, ja als ſolcher bezeichnet zu werden pflegen [vgl. § 20, S. 185 ff.]. Während nämlich da, wo ein regulärer Uſusfruct von dem einzelnen Miteigenthümer beſtellt iſt, der Innehaber deſſelben auf jede Art der Nutzung angewieſen iſt, wie immer ſie von den Communionsintereſſenten beliebt wird, und er daher, wenn anders die Sache nur irgend eine nutzbare Eigenſchaft hat, auch hoffen kann einigen Vortheil aus ſeinen Uſusfruct zu ziehen, ſo kann der, welchem nur eine einzelne Eigenthumsbefugniß, z. B. das Recht auf dem gemeinſamen Grundſtück Töpferthon zu graben [l. 6 de S. P. R. 8, 3] von einem Miteigenthümer überwieſen iſt, nur dann davon Nutzen ziehen, wenn die übrigen Miteigenthümer grade dieſe Benutzung geſtatten. Erzwingen kann er dies nicht von ihnen, da ja auch ſein Auctor das nicht vermochte; ſie werden aber in Gemeinſchaft mit ihm auch gegen den Willen des Miteigenthümers, an deſſen Theil

die Servitut haftet, ermächtigt ſein, die Nutzungsweiſe zu wählen, welche die Ausübung der Servitut ermöglicht, da jener, ſo lange dieſe benutzt wird, nicht nur die dadurch verliehene Befugniß ſelbſt nicht üben darf, ſondern auch Alles unterlaſſen muß, was die Servitut beeinträchtigt. Man ſieht übrigens, welch ein unſicheres Rechtsverhältniß da entſteht, wo nur eine einzelne Befugniß durch einen Miteigenthümer verliehen iſt, während die Ertheilung eines intellectuellen Theils derſelben durch den Eigenthümer der ganzen Sache ein Recht ſchafft, welches jedem gegenüber geſchützt wird; beim regulären Uſusfruct dagegen ſtehen beide Fälle gleich. Das war der Grund, weßhalb wir in § 20 S. 185 die Lehre von der Theilbarkeit des Uſusfructs nicht ſofort auch für dieſe uſusfructartigen Rechte gelten laſſen wollten.

Unterſuchen wir nun die Stellung näher, welche der Innehaber eines Uſusfructs zu ideellen Theilen einnimmt, ſo finden wir, daß er ſtets eine doppelte Beziehung zu wahren hat: er darf nur die Handlungen vornehmen, welche die andern Nutzungsintereſſenten [das ſind die Uſufructuare für die Theile, wo ſolche vorhanden ſind, wo ſolche fehlen, die Eigenthümer und ihre Stellvertreter] vorzunehmen geſtatten, und er darf ſie nur ſo weit vornehmen, als dadurch nicht die Verpflichtung verletzt wird, welche er dem Eigenthümer des uſufructuariſchen Theils ſchuldet. Daher darf er auch da, wo ſein Uſusfruct nicht durch beſondere Beſtimmungen der Conſtituenten weiter beſchränkt iſt, ohne Zuſtimmung des Eigenthümers bei keiner großen Veränderung mitwirken, wenn die andern Intereſſenten ſie auch zugeben, ja muß, da er custodia ſchuldet, ſie verhindern, wenn die andern ſie einſeitig vornehmen wollen. Verſäumt er dies, ſo muß er auf Grund der Caution dem Herrn ſeines Theils Erſatz leiſten; dieſer kann ſich aber auch noch, falls er vom Uſufructuar wegen Inſolvenz u. ſ. w. keine volle Entſchädigung erhält, im iudicium communi dividundo den andern Miteigenthümern gegenüber ſchadlos halten, da dieſelben wiſſen mußten, daß ſie zu einem derartigen Vorſchreiten durch die bloße Zuſtimmung des Uſufructuars nicht ermächtigt wurden, und ſie nicht annehmen konnten, daß dem Letztern ausnahmsweiſe mehr Befugniſſe zugeſtanden ſeien, als gewöhnlich den Uſufructuaren zukommen.

Auf Grund eines partiellen Uſusfructs kann daher ſelbſtändig nur und allein ein Recht, zu verbieten, ausgeübt werden; um irgend einen andern Act vorzunehmen bedarf man einer Ergänzung der partiellen Befugniß durch die andern Intereſſenten, welche allerdings nicht immer ausdrücklich geſchehen muß, ſondern häufig vermuthet wird. Um ein Recht auf eine ſolche Ergänzung zu erwerben, empfiehlt Ulpian mit Berufung auf Julian[i]) den Abſchluß von Stipulationen, wodurch die Nutzungsintereſſenten unter ſich feſtſetzen können, wie jeder für ſich allein einen Theil der Nutzung ziehen ſoll, und wodurch für den Fall der Verletzung dieſer Verabredung durch einen der Stipulanten die actio ex stipulatu begründet wird. Wir können jetzt wohl noch weiter gehen und, ſobald zwei Uſufructuare in der Benutzung concurriren, dieſen die Befugniß zugeſtehen, die einzelnen Nutzungen alſo zu theilen, daß ſie einander gegenſeitig die dingliche Berechtigung auf dieſelben übertragen, ſo daß demnach die Uebereinkunft mit einer dinglichen Klage den Intereſſenten und jedem Dritten gegenüber geſchützt wird. Denn da wir in den Ausführungen des § 28 [S. 256 ff] eine theilweiſe dingliche Veräußerung der Uſusfructbefugniß als möglich anerkannt haben, ſo müſſen wir auch zugeſtehen, daß der intellectuelle Theil der Befugniß, auf dem und dem Stück der dienenden Sache oder in der und der Zeit den Uſusfruct zu üben, dem dinglichen Rechte nach veräußert werden kann. Dann wird es nun äußerlich ſo erſcheinen, als ob jeder Intereſſent einen ganz ſelbſtändigen Uſusfruct ausübe, und daher nicht ideelle Theile eines Uſusfructs auf dem ganzen Grundſtück, ſondern zwei Uſusfructe auf den reellen Theilen deſſelben haften. Allein daß dennoch die einmal entſtandene Gemeinſchaft der Uſufructuare fortbeſteht, zeigt ſich, wenn einer der partiellen Uſusfructe untergeht, indem dann nothwendig der urſprüngliche Inhalt deſſelben an den Eigenthümer des betreffenden Theils zurückfällt, und deßhalb die übrigen Intereſſenten verlieren müſſen, was ſie von dieſem Theil erhalten haben. Ihr dingliches Recht auf den Theil der Befugniß, welcher zunächſt dem Mitintereſſenten zuſtand, dauert ja nur ſo lange, als dieſe Befugniß nicht bei dieſem ſelbſt untergegangen ſein würde, und

i) L. 13 § 3 de usufr.

deßhalb wird auch wieder jeder die Befugniſſe, welche er bei der Theilung als Gegenleiſtung für die hingiebt, welche er empfängt, nur für ſo lange weggeben, als die Uſusfructe der Andern dauern; denn ſonſt iſt er in Gefahr, das, was er vom eigenen Rechte hingegeben hat, ebenſo zu verlieren, wie das, was er dafür empfangen hat. Daß eine Veräußerung einer Uſusfructbefugniß für beſtimmte Zeit möglich ſein muß, haben wir ſchon oben [§ 28 S. 254] ausgeführt. Da, wo der Uſufructuar mit dem Eigenthümer ſeines Theils in der Nutzung concurrirt, erſcheint eine ſolche Uebertragung als eine Aufhebung des entſprechenden Theils des Uſusfructs, während in der Ueberlaſſung des Anrechts auf die einzelnen Befugniſſe durch den Eigenthümer eine neue Servitutbeſtellung liegt, ſo daß, wenn z. B. Eigenthümer und Uſufructuar zu ideellen Hälften concurrirten und nun feſtſetzen, daß jeder die Nutzung auf einer körperlichen Hälfte der Sache ziehe, damit für eine intellectuelle Hälfte des körperlichen Theils, welcher dem Uſufructuar zufällt, ein neuer Uſusfruct beſtellt iſt, wogegen derſelbe für eine Hälfte des körperlichen Theils des Eigenthümers erloſchen iſt.

Allein bei dieſer Art und Weiſe, den partiellen Uſusfruct auszuüben, wird freiwillige Einigung der Nutzungsintereſſenten vorausgeſetzt; wo dieſe nicht zu Stande kommt, mußte das Recht ein Mittel ſchaffen, um dieſelbe zwangsweiſe zu ergänzen, indem ſonſt im Falle von Mißhelligkeiten bei dem gegenſeitigen Verhinderungsrecht ein unerträglicher Zuſtand entſtehen würde. Allerdings hat ſchon an und für ſich jeder Uſufructuar den übrigen Intereſſenten gegenüber ſeine confeſſoriſche Klage, wie der Eigenthümer eines ideellen Theils dem Uſufructuar eines anderen Theils gegenüber die negatoriſche hat, falls derſelbe auf Grund ſeines partiellen Uſusfructs in die Sphäre des unbeſchränkten Eigenthums eingreifen will; aber beide Klagen dienen hier nur dazu, feſtzuſtellen, daß der Verklagte das und das nicht thun dürfe; ſie können nicht ein Mittel ſchaffen, um nun auch jeden zu den poſitiven Vortheilen ſeines Rechts zu verhelfen. Da lag es nahe, hier ebenſo zu verfahren, wie beim gemeinſamen Eigenthum, und die Theilungsklagen analog anzuwenden. Sabinus hat freilich, wie Paulus berichtet[k]), die Zuläſſigkeit des iudicium

k) L. 32 de stip. serv. 45, 3.

communi dividundo in Abrede geſtellt „quoniam inter eos [sc. usufructuarios] nulla communio iuris esset“, — denn die Communion war ein Begriff, der zunächſt nur für das Eigenthum ausgebildet war, — aber Julian ſcheint die Brauchbarkeit dieſer Klage auch für dieſen Fall zur allgemeinen Anerkennung gebracht zu haben[1]). Dies iudicium utile oder quasi communi dividundo, wie es in dieſer Erweiterung heißt, wird in den Quellen allerdings nur zwiſchen zwei Uſufructuaren erwähnt; da aber das Bedürfniß daſſelbe iſt, wenn Eigenthümer und Uſufructuar in der Nutzung concurriren, ſo wird es unzweifelhaft auch dort angewendet werden können. Durch das richterliche Urtheil kann dann überall derſelbe Zuſtand hergeſtellt werden, den die Parteien zum Zwecke der Theilung der einzelnen Ausübungshandlungen, wie wir ſahen, auch freiwillig ſchaffen können, und ſo kann er ſowohl den einzelnen Intereſſenten Obligationen auflegen, um die Ausübung durch die andern in beſtimmter Weiſe zu geſtatten, als er auch nach juſtinianiſchem Rechte durch Adjudication die dingliche Berechtigung auf einzelne oder ſämmtliche Handlungen ausſchließlich den Einen oder Andern der Intereſſenten oder einem Dritten gegen Entſchädigung der Andern zuweiſen kann. Ueberall aber kann der Richter nur ſolche Anordnungen treffen, wie ſie die Geſammtheit der Intereſſenten auch durch freiwillige Verabredungen zu treffen vermögen, und das Urtheil iſt an dieſelben Grenzen gebunden, wie dieſe. Deßhalb kann es, wenn einer der partiellen Uſusfructe erloſchen iſt, nicht auch dem Eigenthümer des betreffenden Theils gegenüber Wirkung äußern, ſondern dieſer kann von da an jede Einwirkung der andern Intereſſenten auf die körperliche Sache verhindern, und gegen ihn muß ein neues iudicium communi dividundo oder utile iudicium von den Miteigenthümern oder den Innehabern von Uſusfructen an den andern ideellen Theilen erhoben werden, wie er auf der andern Seite auch daſſelbe gegen die Uebrigen erheben

1) L. 13 § 3 de usufr.; l. 7 § 7 comm. divid. 10, 3; l. 4 de aq. quot. 43, 20. Auch durch das iudicium familiae herciscundae kann mitunter die Theilung eines Uſusfructs vor ſich gehen, wie wenn z. B. eine Sache ſo legirt iſt, daß der Uſusfruct derſelben bei den Erben verbleibt, oder einem Erbſchaftsſklaven ein Uſusfruct beſtellt iſt. Vgl. l. 14–l. 16 fam. herc. 10, 2.

kann. Ebenſo wird ja auch der Uſusfruct, welchen der Eigenthümer eines ideellen Theils einmal beſtellt hat, dadurch, daß gegen den Beſteller ein Theilungsverfahren von einem Miteigenthümer ventilirt wird, in keiner Weiſe berührt, ſondern es bedarf einer beſondern Regelung zwiſchen dem Uſufructuar und den concurrirenden Miteigenthümern[m]).

§. 56.

Die uſufructuariſche Caution.

Die ſeitherige Darſtellung der Lehre vom Uſusfruct wird genügend nachgewieſen haben, welche wichtige Stellung in derſelben die uſufructuariſche Caution einnimmt. Erſt durch ſie wird das gegenſeitige Verhältniß von Uſufructuar und Eigenthümer geregelt, und wo in einem einzelnen Falle ein Uſusfruct ausgeübt würde, ohne daß ſie interponirt wäre, müßte ſich daſſelbe in vielfachen Beziehungen anders geſtalten und der Willkühr des Uſufructuars ein weit größerer Spielraum angewieſen ſein. Es iſt ein charakteriſtiſcher Zug des römiſchen Rechts, daß es niemals zur Aufſtellung des allgemeinen Prinzips gelangt iſt: überall, wo ein Uſusfruct conſtituirt iſt, iſt mit der Berechtigung des Uſufructuars die Verpflichtung verbunden, ſo und ſo zu brauchen, und das und das mit der Sache vorzunehmen; — daß es das römiſche Recht vielmehr immer den Betheiligten überlaſſen hat, jedesmal durch Abſchluß eigener Rechtsgeſchäfte dieſe Verpflichtung künſtlich herzuſtellen, und ſo in jedem Falle ſelbſt erſt wieder den ganzen Weg zurückzulegen, welchen die Rechtsbildung eingehalten hat, um dieſem Inſtitut ſeine beſtimmte Geſtalt zu verleihen.

---

m) L. 31 de usufr. leg. 33, 2; vgl. § 8 S. 77.

Das iudicium communi dividundo utile kann außerdem aber auch angeſtellt werden, wenn Mehrere einen vollen ungetheilten, aber der Zeit nach oder ſonſt wie beſchränkten Uſusfruct an derſelben Sache haben, wie z. B. wenn er Zweien ein um's andere Jahr beſtellt iſt und nicht erkannt werden kann, wer ihn zuerſt benutzen ſoll [l. 34 de usufr. 7, 1; l 2 quibus mod. usufr. 7, 4]; hier hat jenes iudicium dieſelbe Funktion, die es überall haben kann, wo zwei Servitutberechtigte an derſelben Sache concurriren [vgl. § 7 S. 73].

Beſonders auffallend muß es nun aber erſcheinen, daß der Grund, welcher bei der urſprünglichſten und häufigſten Entſtehungsart des Uſusfructs, bei der Errichtung durch Legat, nach unſern frühern Andeutungen [§ 50 S. 451] vorzugsweiſe thätig geweſen ſein ſoll, um den Abſchluß eigener Stipulationen zum rechtlichen Erforderniß zu machen, ſchon zur Zeit der klaſſiſchen Jurisprudenz aufgehört hatte, und damit für dieſen Fall eine Auffaſſung möglich geworden war, nach welcher eine formelle Verpflichtung des Uſufructuars auf dem Wege der Stipulation überflüſſig erſcheinen mußte. Denn während nach dem ältern Rechte der Legatar nicht wieder onerirt werden durfte und deßhalb der Teſtator, wenn er einen Uſusfruct legirte, nicht dem Uſufructuar direct die Verpflichtung auferlegen konnte, mit der Sache, das und das vorzunehmen u. ſ. w., ſondern einen derartigen Erfolg nur dadurch zu erreichen vermochte, daß er das Legat an die Bedingung knüpfte, der Honorirte ſolle vorher das und das verſprechen, ſo konnte doch ſpäter der Legatar durch teſtamentariſche Verfügung alsbald wenigſtens fideicommiſſariſch onerirt werden, und ſeitdem hätte man in der Zuwendung eines Uſusfructs zugleich auch die Anordnung einer Obligation für den künftigen Uſufructuar erkennen können, wodurch dieſer verpflichtet ſein ſollte, mit der Sache zu verfahren, wie es einem Uſufructuar zukommt. Eine ſolche Auffaſſung war da, wo durch Fideicommiß der Uſusfruct errichtet war, oder wo nur die nuda proprietas legirt war, der Uſusfruct aber beim Erben verbleiben ſollte, von Anfang an möglich geweſen. Gleichwohl hatte aber auch hier der Prätor fortwährend die Beſtellung der Caution verlangt[a]).

Zur Erklärung dieſer Erſcheinung müſſen wir aber nunmehr noch ein zweites Element der uſufructuariſchen Caution in Berückſichtigung ziehen, das wir ſeither außer Acht gelaſſen haben. Denn wenn ſie auch weſentlich dazu benutzt wird, um den Umfang der beiderſeitigen Berechtigungen zu regeln, ſo hat ſie doch daneben auch den Zweck, dem Eigenthümer für ſeine Anſprüche an den Uſufructuar reale Sicherheit zu ſchaffen, — ſie iſt nicht bloß Verbal- ſondern

a) L. 1 § 2 usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

auch Realcaution[b]), und nach dieſer Seite hin blieb ſie auch im ſpäteren Rechte das einzige zweckdienliche Mittel. Wie aber iſt die Verpflichtung des Uſufructuars zur Beſtellung einer realen Sicherheit für den Eigenthümer rechtlich zu erklären und zu begründen, und erſcheint ſie nicht als eine durchaus ſinguläre Belaſtung des Uſufructuars? Zur Beantwortung dieſer Frage müſſen wir uns wieder daran erinnern, daß der urſprüngliche Fall des Uſusfructs, an dem ſich die ganze Theorie deſſelben entwickelt hat, der iſt, daß er durch teſtamentariſche Verfügung angeordnet iſt. Jeder nun, welcher in einem Teſtament onerirt iſt, kann, ſobald das Vermächtniß nicht ſofort ganz gefordert werden darf, ſondern in Folge ausdrücklicher Verfügung oder um der Natur der Umſtände willen erſt nach Ablauf einer längern Zeit erfüllt zu werden braucht oder doch nur durch ein längere Zeit hindurch fortgeſetztes Handeln erfüllt werden kann, vom Honorirten zur Leiſtung einer Realcaution angehalten werden, um dieſem ſeine ſpäter fällig werdenden Forderungen ſicher zu ſtellen[c]), es ſei denn, daß der Teſtator den Onerirten ausdrücklich von dieſer Verpflichtung liberirt hat. Der Uſufructuar erſcheint nun aber auch rückſichtlich aller ihm obliegenden Verpflichtungen als ein durch das Teſtament Onerirter, während der Eigenthümer in ſo fern als honorirt erſcheint, ſo daß er auch mit Recht eine reale Sicherheit für ſeine Forderungen begehren kann, und dieſe wird ihm durch die vom Bürgen garantirte uſufructuariſche Caution gewährt. Damit die Bürgſchaftsbeſtellung in gehöriger Weiſe vor ſich gehen könne, war die beſtimmte Formulirung der Verpflichtungen des Uſufructuars und die Zurückführung derſelben auf einen civilen Contrakt erforderlich oder wenigſtens empfehlenswerth, und dazu bot ſich kein beſſeres

b) Denn es heißt nicht nur wiederholt [l. 13 pr. de usufr.; l. 5 § 1, l. 7 pr. usufr. quemadm. cav. 8, 9], der Prätor verlange vom Uſufructuar „satisdatio“, welcher Ausdruck ſchon auf einer Sicherheitsleiſtung durch Bürgen hinweiſt [l. 1 qui satisdare cogatur 2, 8; l. 7 de stipul. praetor. 46, 5], ſondern Paulus lehrt auch ausdrücklich in den Recept. Sent. III, 6, § 27: et ideo [fructuarius] omnia se usurum, ac si optimus pater familias uteretur, fideiussoribus oblatis cavere cogetur. Vgl. l. 8 de usufr. earum rerum. 7, 5.

c) Tit. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36, 3.

Mittel, als die Anfangs ſchon aus andern Gründen erforderliche Stipulation des Uſufructuars, se arbitratu boni viri usurum fruiturum esse u. ſ. w. Auf dieſe Weiſe kam unſers Erachtens die römiſche Jurisprudenz dahin, keinerlei Unterſuchung darüber anzuſtellen, ob das ausdrückliche, ſolenne Verſprechen des Uſufructuars noch erforderlich ſei, oder nicht, ſondern, indem ſie ſich ſtreng an die überkommenen Regeln hielt, und jede teſtamentariſche Verfügung, welche einen Uſusfruct ſchuf, von der ſtillſchweigenden Bedingung abhängig gemacht fand, daß der Bedachte vorher für gehörige Ausübung des vermachten Uſusfructs caviren müſſe, unterſchied ſie durchaus nicht weiter unter den beiden im Acte der Cautionsbeſtellung enthaltenen Momenten und recurrirte auch noch überall, wie es Anfangs nöthig geweſen war, auf die Caution, um die Obliegenheiten des Uſufructuars zu motiviren und zu regeln.

Fragen wir nun aber, indem wir zunächſt bei dem durch Teſtament entſtandenen Uſusfruct ſtehen bleiben, wie weit konnte die Cautionslaſt durch den Teſtator dem Uſufructuar abgenommen werden, ſo müſſen wir wieder die beiden Elemente der Caution unterſcheiden. Das römiſche Recht hatte einmal die Auffaſſung angenommen, als werde erſt durch das Verſprechen des Uſufructuars deſſen Herrſchaft über die ihm gegebene körperliche Sache auf die erforderlichen Grenzen zurückgeführt, und als erhalte alſo erſt dadurch das ganze Verhältniß des Uſusfructs den ihm eigenthümlichen Charakter. Hatte deßhalb jemand verfügt: Titius ſoll den Uſusfruct haben, und: der Uſufructuar Titius braucht nicht zu caviren, ſo fand man darin einen unlösbaren Widerſpruch, und in Gemäßheit der auch ſonſt hinſichtlich unmöglicher Nebenbeſtimmungen eingehaltenen Vorſchriften galt die letztere Verfügung, welche den Uſufructuar von der Cautionsleiſtung entband, als nicht geſchrieben und das Legat galt als das eines regulären Uſusfructs. Von der Verpflichtung reale Sicherheit zu leiſten, mußte der Uſufructuar dagegen ebenſo gut entbunden werden können, wie jeder Onerirte von der cautio legatorum servandorum im Teſtament befreit werden konnte, und wenn das auch in den Quellen nicht ausdrücklich geſtattet wird[d]), ſo finden wir doch eine

d) Den Wortlaut einer teſtamentariſchen Verfügung, welche von des-

teſtamentariſche Verfügung erwähnt, welche ein faſt ähnliches Verhältniß ſchafft, und welche doch als durchaus gültig anerkannt wird. In l. 8 de usufr. earum rerum 7, 5 berichtet Papinian von einem Fall, wo vom Teſtator einzelne von den im Teſtament Honorirten als die bezeichnet ſind, welche als Bürgen für den Uſufructuar auftreten ſollen, und zwar einzelne von den Erben, denen auch das Eigenthum an der uſufructuariſchen Sache zufällt und die daher zu den Cautionsberechtigten gehören; dies ſei, fügt Papinian hinzu, ein Legat zu Gunſten des Uſufructuars, da der Teſtator geglaubt haben werde: „eius interesse, fideiussores non suo periculo quaerere“. Soweit daher in Folge dieſer Verfügung die Rolle des Cautionsberechtigten und Cautionsverpflichten bei einer Perſon zuſammentrifft, ſoweit iſt die Realcaution ganz und gar erlaſſen. Aus der Combination der beiden Sätze, daß die Stipulation des Uſufructuars nicht erlaſſen werden kann, daß dagegen die Bürgſchaftsſtellung erlaſſen werden kann, darf nun aber nicht gefolgert werden, daß, wenn in einem Teſtament der Uſufructuar allgemein von der Cautionspflicht entbunden wird, er nun nur zu ſtipuliren und nicht Bürgen zu ſtellen brauche, vielmehr galt die ganze derartige Verfügung als nichtig, und es trat der regelmäßige Verlauf ein, d. h. der Uſufructuar mußte in vorſchriftsmäßiger Weiſe und alſo durch Bürgſchaftsbeſtellung Caution leiſten. So ſcheint mir nur die l. 7 C. ut in poss. legat. 6, 54 erklärlich zu ſein, wo Alexander reſcribirt:

> Scire debetis, fideicommissi et legati satisdationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse; ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime *satisdationem* remitti testamento posse.

Der Kaiſer wird einen Fall im Auge gehabt haben, wo ohne weitere Unterſcheidung die satisdatio erlaſſen war, welche er dann als den Inbegriff der beiden zur regulären Caution erforderlichen Acte auf-

---

Satisdation allein liberit, geben uns die Vatikaniſchen Fragmente im § 69 de usufr. [nach May's Reſtitution]. Die darauf folgende Entſcheidung des Juriſten iſt aber zu bruchſtückweiſe erhalten, um ſie auch nur mit einiger Sicherheit ergänzen zu können.

faßte, und da demnach die Verfügung des Teſtators etwas erlaſſen hatte, was ſie nicht erlaſſen konnte, faßte der Kaiſer ſie als ganz nichtig auf und ſprach darum den obigen allgemeinen Satz aus. Wäre ausdrücklich nur die Beſtellung von Bürgen erlaſſen und ganz klar hingeſtellt, daß die perſönliche Verpflichtung des Uſufructuars nicht dadurch berührt werden ſolle, ſo würde dieſe Verfügung gewiß anerkannt ſein.

Wir haben ſeither der Kürze halber nur immer davon geſprochen, wie der Eigenthümer Anſpruch auf die Cautionsbeſtellung hat; allein da, wo der Uſusfruct durch letztwillige Verfügung conſtituirt wird, braucht mitunter dem, welcher beim Beginn des Uſusfructs Eigenthümer iſt, nicht cavirt zu werden, und dagegen wird auch Nichteigenthümern gegenüber eine Cautionspflicht anerkannt. Denn bei der ſchon erwähnten Verwandtſchaft der cautio usufructuaria mit der cautio legatorum servandorum causa muß ſie einem jeden gegenüber beſtellt werden, der nach Beendigung des Uſusfructs auf Grund der Dispoſitionen des Teſtators die Herausgabe der uſufructuariſchen Sache oder eines Theils derſelben beanſpruchen kann, ſei es, weil er dann Eigenthümer ſein wird, ſei es, weil ihm ein eventueller Uſusfruct für dieſen Fall beſtellt iſt. Selbſt wenn dieſe Anſprüche noch von Bedingungen abhängig ſind, gewähren ſie die Befugniß, alsbald Caution zu fordern, und ſo kann der Uſufruktuar mehreren ſucceſſiv oder eventuell Berechtigten gegenüber caviren müſſen. Das wird in l. 8 und l. 9 pr. usufructuarius quemadmodum 7, 9 anerkannt, und in erſterer Stelle z. B. von Paulus entſchieden, daß, wenn Zweien ein Uſusfruct „conjunctim“ legirt ſei, ſo daß alſo nach dem Wegfall des Einen der Andere in ſeinen Antheil ſuccediren ſoll, ſie ſich gegenſeitig und außerdem noch dem Erben, als dem Eigenthümer der Sache, dahin caviren müßten: si ad socium non pertineat ususfructus, heredi reddi. Iſt mit Sicherheit vorauszuſehen, daß der, welcher beim Anfang des Uſusfructs das Eigenthum der Sache hat, daſſelbe bei Beendigung des Uſusfructs verloren hat, ſo fehlt ihm jedes Intereſſe an der Sache, und er kann keine Caution fordern*).

*) Anwendungen dieſer Regeln finden ſich in l. 9 si cui plus quam per legem Falcidiam 35, 3.

Damit hängt auch wohl die Entſcheidung in l. 9 § 2 usufr. quemadm. zuſammen f), wonach der Uſufructuar nicht zu caviren braucht, wenn ihm ſelbſt das Eigenthum der Sache ex die legirt iſt, und alſo er, oder falls er vor Eintritt dieſes Termins ſterben ſollte, ſeine Erben die ſeither auf Grund des Uſusfructs detinirte Sache nunmehr als Eigenthümer zurückhalten können. Allerdings iſt doch auch hier ein zeitweiliger Rückfall der Sache an den jetzigen Eigenthümer möglich, wenn nämlich der Uſusfruct vor dem Termine, von wo an das Eigenthum beginnen ſoll, beendigt wird, und es läßt ſich drum nicht leugnen, daß jener an der gehörigen Ausübung des Uſusfructs ein Intereſſe haben kann, zumal wenn etwa der Eigenthumsübergang ſehr weit hinausgeſchoben ſein ſollte und ſo zu erwarten wäre, daß er die Sache ſelbſt noch lange wird benutzen können, ehe er ſie den Erben des Uſufructuars zurückerſtatten muß. Die Erwartung, daß der Uſufructuar eine Sache, die ihm ſelbſt in ferner Zukunft einmal gehören wird, mit größerer Sorgfalt benutzen und weniger übermäßig ausbeuten wird, wird oft getäuſcht werden, und die Beſtimmung der l. 9 § 2 nicht rechtfertigen können; wir vermögen daher auch nicht den ſingulären Charakter derſelben zu leugnen und glauben die Vorausſetzungen dieſer Stelle dahin ergänzen zu müſſen, daß der Juriſt einen Fall im Auge hatte, wo der Zeitpunkt, an welchem dem Uſufructuar das Eigenthum zufallen ſollte, ſo nahe lag, daß man vermuthen konnte, derſelbe werde noch in die Lebenszeit des Uſufructuars fallen, und der jetzige Eigenthümer werde doch, wenn dies auch nicht der Fall ſein ſollte, bei der Beſchaffenheit der Sache und der Kürze der noch übrigen Zeit ſo wenig Vortheil aus dem Gebrauch der Sache ziehen können, daß deßhalb die Beſtellung einer eignen Caution als eine unverhältnißmäßige Laſt erſcheint, wie ſie daher wohl nicht in der Abſicht des Teſtators gelegen habe. Streng genommen dürfte der Uſufructuar nur dann von der Cautionspflicht befreit ſein, wenn ihm das Eigenthum ſpäteſtens von dem Tage der Beendigung des Uſusfructs an legirt wäre.

f) Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram.

Wir haben ſeither nur die uſufructuariſche Caution für den Fall beſprochen, wo der Uſusfruct durch Teſtament entſtanden iſt; gehen wir zu dem Fall über, wo er durch Geſchäfte unter Lebenden conſtituirt wird, ſo geſtaltet ſich hier die Sache in ſo fern von vorne herein anders, als noch bis in die ſpätern Zeiten des römiſchen Rechts der Regel nach jeder Klaggrund fehlte, um den Uſufructuar zu ſeinen Obliegenheiten anzuhalten, wenn er ſich nicht ausdrücklich durch Stipulation verpflichtet hatte, indem die ſolennen Errichtungsformen, ſo wie ſpäter der bloße Vertrag, wodurch der Uſusfruct conſtituirt ward, hierzu nicht genügten. Daraus hätte höchſtens nur eine naturale Obligation abgeleitet werden können. Deßhalb hatte der Prätor mit Recht den Satz aufgeſtellt, und wurde daran ſtets feſtgehalten: jeder in iure cessio, jeder Quaſitradition und jedem ſonſtigen Errichtungsgeſchäft eines Uſufructs iſt die ſtillſchweigende Bedingung beigefügt, daß der Empfänger des Uſusfructs dem Eigenthümer, und wenn deren mehrere ſind, jedem derſelben für ſeinen Theil[g]) Caution leiſte. Dieſe beſtand aber auch hier nicht allein in der Stipulation des Uſufructuars, ſondern weil da, wo ſich zunächſt die Form für die uſufructuariſche Caution ausgebildet hatte, eine Berufung von Bürgen üblich geworden war, nahm das Verkehrsleben dieſe mit hinüber, als es ſich dieſes Inſtitus zu bemächtigen begann, und ſo ward es Regel, daß der Uſufructuar auch hier Bürgen ſtellen müſſe[h]), obgleich in dem Weſen der Uſusfructbeſtellung ſo wenig ein Grund lag, der eine Bürgſchaft erforderlich machte, wie in irgend einem andern freiwilligen Rechtsgeſchäfte. Es verſteht ſich aber, daß den Conſtituenten die Befugniß verbleiben mußte, die Bürgſchaft im einzelnen Falle zu erlaſſen, und daß demgemäß die eben allegirte l. 4 C. nur eine Interpretationsregel aufſtellen will, ja man wird auch weiter zugeſtehen müſſen, daß wenn ſie einmal ausdrücklich und bewußt auch auf die Stipulation des Uſufructuars verzichteten, damit nicht etwa die ganze Uſusfructerrichtung nichtig

g) L. 9 § 4 usufr. quemadmod.

h) L. 4 C. de usufr. 3, 33. Alexander. — Usufructu constituto consequens est, ut satisdatio boni viri arbitrata praebeatur . . . Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.

geworden war, ſondern nur ein Verhältniß entſtand, welches von dem regelmäßigen Uſusfruct in allerlei Beziehungen abwich und daher den Namen Uſusfruct kaum noch mit Recht führte. Ein ſolches Verhältniß zu ſchaffen, liegt innerhalb der Grenzen der erlaubten Dispoſitionenen über die eigene Sache, und wie man einem Dritten eine Sache ganz hingeben kann, ſo kann man ihm auch eine auf die Zeit beſchränkte freiere Herrſchaft über dieſelbe gewähren. Vor poſitiven Beſchädigungen, wie ſie die Uſusfructbefugniß nicht geſtattet, mußte er ſich freilich auch dann hüten, und ebenſo konnte ihn die naturale Verpflichtung, wie ſie aus dem pactum nudum hervorging, welches faſt immer mit dem Errichtungsgeſchäfte verbunden geweſen ſein wird, zur Vornahme allerlei Handlungen zum Beſten der Sache veranlaſſen. Als Beleg für die Möglichkeit eines ſolchen Uſusfructs kann das Verhältniß dienen, welches das Geſetz an dem peculium adventitium der Hauskinder zu Gunſten des Vaters herſtellt, und das ebenfalls als Uſusfruct bezeichnet wird, obgleich der Vater keinerlei Caution zu beſtellen braucht. Wir werden darauf bei Beſprechung des geſetzlichen Uſusfructs zurückkommen müſſen.

Wenn einmal der Uſusfruct durch Verjährung entſtanden ſein ſollte, ſo muß man ſich, um den Grund und den Umfang der Cautionspflicht aufzufinden, daran erinnern, wie dieſe ganze Entſtehungsart nicht ratione iuris, ſondern ratione utilitatis eingeführt iſt, und daher der Grund der Caution auch lediglich in Nützlichkeitsgründen zu ſuchen iſt; das ganze Verhältniß, wie es durch Verjährung entſteht, ſoll dem auf ſonſtige Weiſe entſtandenen Uſusfruct möglichſt ähnlich ſein, und der Uſufructuar muß daher auf Erfordern caviren, als habe er durch ein Rechtsgeſchäft den Uſusfruct erworben.

Wir ſind ſomit für die verſchiedenen Errichtungsarten des Uſusfructs zu dem Satze gekommen, daß derſelbe abhängig gemacht iſt von der Suspenſivbedingung: wenn der Uſufructuar dem dermaligen Eigenthümer oder dem, welcher vorausſichtlich bei Beendigung des Uſusfructs Eigenthümer ſein wird, Caution geleiſtet hat. Doch damit iſt die Cautionslaſt noch nicht beendet, ſondern wie immer auch der Uſusfruct entſtanden ſein mag, iſt ihm doch ferner auch noch die Reſolutivbedingung beigefügt: wenn nicht etwa das Eigenthum der Sache an einen Dritten veräußert wird und der Uſu-

fructuar dieſem Caution zu ſtellen ſich weigert. Wie nach den Ausführungen im § 22 S. 193 die Conſtituenten die perſönlichen Servituten von jeder Reſolutivbedingung abhängig machen konnten, ſo waren ſie auch zu dieſer Beſchränkung des Uſusfructs berechtigt; was aber gab Veranlaſſung um dieſelbe als überall ſtillſchweigend beigefügt zu denken? Da die erſte bei Entſtehung des Uſusfructs zu beſtellende Caution nur der beſtimmten Perſon, welcher ſie geleiſtet wird, und deren Univerſalſucceſſoren ein Forderungsrecht giebt, ſo konnten ſich darauf die Singularſucceſſoren, an die etwa die Sache nachher veräußert war, durchaus nicht berufen, und ebenſo wenig konnte der urſprüngliche Stipulator ſie geltend machen, weil er ſelbſt durch Aufgeben ſeines Eigenthums die ſtillſchweigende Vorausſetzung des Verſprechens, zu reſtituiren, beſeitigt hätte [1]). Dieſer mögliche Erfolg hätte jede Veräußerung einer im Uſusfruct ſtehenden Sache im höchſten Grade gefährlich gemacht, und die Sache wäre darum mit der Uſusfructbeſtellung eine faſt unveräußerliche geworden. Das war gewiß nicht der Wille der Conſtituenten, und darum ergänzte man jene Reſolutivbedingung, — mit andern Worten, man ſtellte den Satz auf, jedem Eigenthümer iſt zu caviren, und dadurch ſind nun alle ſpätern Erwerber der Sache in den Stand geſetzt, ſich alsbald dem Uſufructuar gegenüber genügenden Schutz für die Zukunft zu verſchaffen. Dieſer Satz wird aber auf die künftigen Eigenthümer zu beſchränken ſein, und keineswegs wird man denen, welche durch ſpätere Geſchäfte Pfandrechte oder einen Uſusfruct für den Fall, daß der gegenwärtige erlöſcht, erworben haben, oder welche ſonſt an der uſufructuariſchen Sache dinglich berechtigt ſind, einen Anſpruch auf Caution dem Uſufructuar gegenüber zugeſtehen dürfen; denn wenn ſich auch nicht läugnen läßt, daß dieſe alle ein genügendes Intereſſe daran haben, daß die Sache ordnungsmäßig gebraucht wird, ſo läßt

---

1) L. 3 § 4 usufr. quemadm. Ulpianus. — Si heres alienaverit proprietatem, et postea amittatur ususfructus, an ex stipulatu agere possit, videamus. Et fortius dici potest, ipso iure non committi stipulationem, quia neque heredi successoribusve eius restitui potest, neque is, cui potest, id est, ad quem pervenit proprietas, pertinet ad stipulationem. Vgl. § 54 S. 533.

ſich doch nicht wahrſcheinlich machen, daß eine ſolche Belaſtung in der Abſicht der Conſtituenten gelegen habe, indem dieſe ſchwerlich auf Sicherung der künftig dinglich Berechtigten bedacht geweſen ſein werden, da dieſe ſo mannigfach ſein können und doch in den gewöhnlichſten Fällen, wie ſie die Conſtituenten da im Auge gehabt haben werden, wo ſie nichts Ausdrückliches beſtimmten, gar nicht vorhanden ſein werden. Nur daß die Sache auch künftig im Eigenthum ſtehen werde, konnten ſie mit Sicherheit vorausſetzen, und man darf daher auch nur annehmen, daß ſie an Schutz für das Intereſſe des künftigen Eigenthümers dachten.

Gehen wir zu der Frage über, wer die Caution zu ſtellen hat, ſo finden wir in den Quellen immer nur geſagt, der Uſufructuar müſſe caviren, ohne daß uns für den Fall, wo der urſprüngliche Uſufructuar ſein Recht veräußert hat, irgend welche Regeln gegeben werden. Solcher bedarf es aber nicht nur, wenn man mit unſern Ausführungen in §. 27 S. 226 ff. annimmt, daß im ſpätern Rechte das ganze dingliche Recht übertragbar war, ſondern auch dann, wenn man mit der herrſchenden Theorie eine bloße Uebertragbarkeit der Ausübung annimmt, indem der urſprüngliche Uſufructuar, da ihm einmal die Befugniß zugeſtanden iſt, durch Andere ſein Recht ausüben zu laſſen, nicht mit Nothwendigkeit für jede Handlung dieſer ſeiner Stellvertreter verantwortlich ſein kann und wegen ihrer Verletzung der uſufructuariſchen Sache durchaus nicht ſtets mit der Klage aus der Caution, als ob er ſelbſt doloſe gehandelt habe, belangt werden darf. Allerdings wird es ein Theil ſeines Verſprechens „se boni viri arbitratu usurum fruiturum esse“ ſein, daß er den Uſusfruct nur ſolchen Perſonen überläßt, von denen eine gehörige Benutzung und eine hinlängliche Schonung der Sache erwartet werden kann; allein hat er bei der Auswahl ſeines Stellvertreters die nöthige Sorgfalt bewahrt, ſo wird er auch von aller weitern Verantwortung freigeſprochen werden müſſen, da nirgends ein civiler Grund, aus dem er haften ſollte, wird aufgefunden werden können. Man könnte argumentiren wollen, dem Eigenthümer wird bei Verletzungen Seitens des dritten Ausübenden, dadurch geholfen, daß der urſprüngliche Uſufructuar auf Grund der von ihm beſtellten Caution und der darin ſo generell verſprochenen Reſtitution auch die Klagen

abtreten muß, welche er in Folge des zwiſchen ihm und dem Beſchädiger beſtehenden Vertragsverhältniſſes gegen dieſen anſtellen kann; allein damit ein Klagrecht beim erſten Uſufructuar entſteht, iſt nöthig, daß er ſelbſt durch die Handlung des Andern Schaden erleidet, und dies findet da, wo die Ausübung des Uſusfructs für alle Zeiten veräußert iſt, noch nicht durch die bloße Verſchlechterung der Sache ſtatt; folglich kann er auch nicht dem Eigenthümer eine Klage cediren.

Hiernach wird es nicht nur da, wo der Uſusfruct völlig veräußert iſt, ſondern auch da, wo nur die Ausübungsbefugniß Andern abgetreten iſt, eines Schutzmittels gegen Verletzungen durch die jedesmaligen Innehaber der Sache bedürfen, und daß dies eben in beiden Fällen nöthig iſt, möchten wir um ſo mehr hervorheben, als man geneigt ſein könnte, aus dem gänzlichen Schweigen unſerer Quellen über das Verhältniß des Eigenthümers zu dem ſpätern Erwerber des Uſusfructs einen Grund gegen unſere obigen Ausführungen über die Veräußerungsfähigkeit des Uſusfructs zu entnehmen. Dieſer Grund würde auch der Möglichkeit, die Ausübungsbefugniß übertragen zu können, entgegentreten, und die wird doch ausdrücklich und vielfach in den Quellen anerkannt.

Dieſes Schutzmittel, deſſen der Eigenthümer bedarf, wird darin beſtehen, daß ihm analog dem Falle, wo das Eigenthum während der Dauer des Uſusfructs veräußert iſt, und wo jeder Erwerber des Eigenthums Caution fordern kann, die Befugniß ertheilt wird, von jedem Erwerber des Uſusfructs Caution zu fordern, und zwar einerlei, ob dieſer nur ein Forderungsrecht auf Geſtattung der Ausübung oder ein dingliches Recht auf den Uſusfruct ſelbſt hat. Dadurch hat der Eigenthümer dann Gelegenheit, ſich jedesmal unmittelbar an den zu halten, welcher in Folge des Uſusfructs die Sache detinirt. Man wird freilich dagegen ſagen, der Eigenthümer wird gar nicht immer erfahren, auf wen der Uſusfruct übergegangen iſt, und wäre es daher wirklich die Abſicht des Rechts, daß jeder, der einmal zur Ausübung des Uſusfructs kommt, ſchon um deswillen zur Cautionsleiſtung verpflichtet ſei, ſo hätte hier eine ähnliche Einrichtung wie bei der Emphyteuſe getroffen werden müſſen, vermöge deren jeder Innehaber zur Denuntiation an den Eigenthümer verpflichtet iſt, ſobald eine Veräußerung geſchehen iſt; allein eine derartige Ver-

pflichtung iſt auch wohl hier vorhanden, indem der Uſufructuar und ſeine Nachfolger ſchon durch die von ihnen ſelbſt geleiſteten Cautionen nicht nur, wie wir ſchon erwähnten, verpflichtet ſind, nur an eine ſolche Perſon den Uſusfruct und damit die uſufructuariſche Sache zu übertragen, welche im Stande iſt, die erforderlichen Leiſtungen auf die Sache zu machen, und von denen eine ſorgfältige Benutzung derſelben zu erwarten ſteht, ſondern auch aus gleichem Grunde Sorge tragen müſſen, daß der Eigenthümer ſtets in der Lage iſt, ſein Recht geltend zu machen, und wo ſie daher annehmen können, daß jener nichts von der Uebertragung erfährt, müſſen ſie, wenn anders ſie als ſorgfältige Männer verfahren wollen, ihn davon rechtzeitig in Kenntniß ſetzen.

Fragen wir ſchließlich nach den Mitteln, durch welche alle diejenigen, die einen Anſpruch auf Leiſtung der cautio usufructuaria haben, dieſen realiſiren, ſo wird einmal dem Uſufructuar, bis er dieſelbe beſtellt hat, die confeſſoriſche Klage durchaus abgeſprochen[k]) und ebenſo auch die andern zum Schutze ſeines Uſusfructs gegebenen Klagen, ſelbſt ſoweit ſie gegen Dritte gehen, die etwa die uſufructuariſche Sache verletzt haben[l]). Und dieſe Klagen ſind nicht etwa vorläufig ſuſpendirt, ſo daß ſie nach Leiſtung der Caution vom Uſufructuar in vollem Umfange angeſtellt werden können, ſondern ſo weit ſie bis zu dieſem Zeitpunkte durch Verletzung der Sache u. ſ. w. entſtanden ſind, kann ſie nur der Eigenthümer, nicht der Uſufructuar erheben, wie jenem auch allein der Bezug der Früchte zuſteht, ſo daß auch der Uſufructuar nach beſchaffter Caution nicht etwa deren nachträgliche Herausgabe fordern kann[m]). Wie nun der Uſufructuar, ehe er Caution beſtellt hat, keine Klage auf ſein Recht ſtützen kann, ſo kann er ſich auch nicht exceptionsweiſe darauf berufen, wenn der Eigenthümer die Sache, trotzdem daß er ſie vielleicht ſelbſt dem Uſufructuar des Uſusfructs wegen hingegeben hat, vindiciren will[n]), und zwar muß er ſie dann unſers Erachtens mit allen gezogenen

k) L. 13 pr. de usufr.

l) Arg. leg. 35 de usurp. 41, 3.

m) Arg. leg. 24 pr. de usufr. leg. 33, 2.

n) L. 7 pr. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

Früchten herausgeben, falls nicht etwa beſondere Momente vorhanden ſind, die darauf ſchließen laſſen, daß der Eigenthümer auch die ohne vorherige Caution gezogenen Früchte dem Uſufructuar habe ſchenken wollen. Man hat freilich ziemlich häufig geſagt, ein Uſufructuar dürfe, auch wenn er noch keine Caution beſtellt habe, hinſichtlich des Fruchtbezugs doch nicht ſchlechter geſtellt werden, wie ein ganz unberechtigter bonae fidei possessor[o]); allein da die Befugniſſe des Uſufructuars bis zur Cautionsleiſtung ganz ſuſpendirt ſind und er daher die Sache bis dahin gleichſam sine causa benutzt, ihm ferner dieſer Rechtsſatz bekannt ſein muß, ſo wird man ihn nicht mit Unrecht dem malae fidei possessor gleichſtellen.

Neben dieſen Mitteln, welche indirect die Leiſtung der Caution bewirken ſollen, wird ein directer Zwang dazu nur unter beſonderen Verhältniſſen, welche eine Klage hervorzurufen im Stande ſind, angewandt werden können. Manche haben freilich auf Grund zweier Stellen, die eine Condiction der Caution erwähnen[p]), unbegreiflicher Weiſe von einer condictio sine causa oder causa data causa non secuta geſprochen, als ob dieſe gegen den Uſufructuar auf Leiſtung der Caution angeſtellt werden könnten, während ſie doch immer nur die Reſtitution deſſen fordern ſollen, was aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen iſt, und davon hier, wo es ſich um eine Caution handelt, die noch gar nicht exiſtirt, ſondern erſt beſtellt werden ſoll, doch gar nicht die Rede ſein kann. Ebenſo läßt ſich, wie die ſeitherigen Erörterungen beweiſen, nicht unmittelbar auf den Rechtsſatz, daß der Uſufructuar caviren müſſe, eine Klage, etwa eine condictio ex lege, baſiren, indem es vielmehr immer nur als die Bedingung für den Uſufruct hingeſtellt wird, daß cavirt worden ſei, auf Erfüllung der Bedingung aber nicht geklagt werden

o) Vgl. Glücks Commentar Bd. 9 S. 498 ff. und die dort Angeführten.

p) Für den wahren Uſusfruct geſchieht es allerdings nur in der l. 7 usufr. quemadm. caveat. 7, 9; dagegen aber beſpricht die l. 5 § 1 de usufr. earum rerum 7, 5 denſelben Fall für den Quaſiuſusfruct, und ſagt auch hier: omissam cautionem posse condici incerti condictione, und bei der innern Gleichheit beider Fälle, werden wir beide Stellen hier anführen können. Namentlich wird die Uebereinſtimmung derſelben es unmöglich machen, die Schwierigkeiten, welche ſie bieten, durch Aenderungen des Textes zu beſeitigen.

kann[q]). Dieſe Auffaſſung wird nun aber auch durch Quellenzeugniſſe unterſtützt, indem es in den Fällen der l. 9 § 4 ad exhibend. 10, 4 und der l. 1 § 17 ut legat. 36, 3[r]), wo die uſufructuariſche Sache ohne Zuthun des Cautionsberechtigten in die Hände des Uſufructuars gekommen war, des außerordentlichen Rechtsmittels der actio in factum oder ſelbſt der actio ad exhibendum gegen den, welcher dieſen Zuſtand verſchuldete, nicht bedurft hätte, wenn ſchon in Folge einer allgemeinen geſetzlichen Vorſchrift die Caution hätte erzwungen werden können.

Die beſondern Verhältniſſe, welche eine Klage zu erzeugen im Stande ſind, werden aber ſchon da vorhanden ſein, wo der cautionsberechtigte Eigenthümer ſelbſt die Sache dem Uſufructuar zum Uſusfruct hingegeben hat, indem er es in der Vorausſetzung thun wird, daß nun auch der Empfänger ſeiner Seits das leiſten werde, was nöthig iſt, um dem Verhältniß die Geſtalt eines regelmäßigen Uſusfructs zu verleihen, und wenn dieſer weiß, daß er die Sache nur zum Uſusfruct erhält, und daher nur in der Vorausſetzung, daß er auch Caution leiſte, ſo verpflichtet er ſich mit der Annahme der Sache, und es liegt alſo ein Innominatcontract vor, der durch facere (oder beim Quaſiuſusfruct durch dare) ut facias entſtanden iſt. Daher wird die Caution, als die vom Uſufructuar zu machende Gegenleiſtung, mit der actio praescriptis verbis gefordert werden können[s]), und

---

q) Ohnehin war auch die Cautionspflicht nicht durch eine lex, ſondern durch das prätoriſche Edict geregelt, aus welchem eine condictio nicht hergeleitet werden konnte.

r) Wir haben dieſe Stellen unten in der Lehre vom Quaſiuſusfruct, mit dem ſie ſich zunächſt beſchäftigen, und von dem wir ſie hier nur in Folge der Gleichheit dieſes Verhältniſſes beim wahren und beim Quaſiuſusfruct entlehnen, ausführlich zu beſprechen.

s) Wir laſſen es dahin geſtellt ſein, ob es möglich iſt, daß der Ausdruck condictio incerti und condicere in den erwähnten l. 7 usufr. quemadm. cav. und l. 5 § 1 de usufr. ear. rerum in Folge eines von der herrſchenden Theorie freilich geleugneten weiteren Sinnes des Ausdrucks „condictio“ auf die actio praescriptis verbis bezogen werden kann. Conſtatiren wollen wir hier nur, daß in dieſen beiden von den Schriftſtellern über die Condictionen meiſtens ignorirten Stellen Condictionen erwähnt werden, welche ſich unter

dieſe Klage auf Cautionsleiſtung wird ſich unter Umſtänden auch viel vortheilhafter herausſtellen, als die alsbaldige Vindication der uſufructuariſchen Sache ſelbſt, welche dem Eigenthümer bis zur beſchafften Caution ja auch zuſteht. Denn iſt die Sache durch die Schuld des Uſufructuars bereits zur Zeit der Klaganſtellung verſchlechtert, ohne daß eine beſondere Delictsklage darauf gebaut werden kann, ſo wird mit der Vindication nur dieſe verſchlechterte Sache gefordert werden können, während die actio praescriptis verbis, vorausgeſetzt, daß wir ihr den Charakter als gutgläubige Klagen zugeſtehen, es möglich macht, zu fordern, daß der Kläger in die Lage gebracht werde, in der er ſein würde, wenn rechtzeitig, alſo gleich beim Beginn des Uſusfructs, vom Uſufructuar geleiſtet wäre, ſo daß dieſer nicht nur wegen der Zukunft Caution beſtellen muß, ſondern auch den Schadenserſatz zu leiſten hat, der von ihm mit der

---

den gewöhnlich aufgeführten Kategorien dieſer Klagen nicht unterbringen laſſen. Der Verſuch, den Donell (Commentar lib. X. c. 4, § 16) und nach ihm manche Andere gemacht haben, die Stellen ſo zu verſtehen, als ob nicht die Caution, ſondern zunächſt nur die hingegebene Sache condicirt werden ſolle, von dieſer Condiction dann aber die Cautionsleiſtung befreie, ſo daß ſie in den meiſten Fällen den Erfolg haben werde, daß die Caution geleiſtet werde, und daher uneigentlich geſagt werden konnte, dieſe werde condicirt, kann nur in dem Fall des Quaſiuſusfructs mit einigem Schein gemacht werden und erklärt den Ausſpruch der l. 7 cit. für den wahren Uſusfruct, den Donell auch ganz ignorirt, in keiner Weiſe, indem dort auf Rückgabe der uſufructuariſchen Sache, deren Eigenthum ja nicht verloren iſt, nicht eine Condiction, ſondern nur eine Vindication gerichtet werden konnte. Unſere Condiction wird dort ja auch ausdrücklich neben der Vindication genannt. Aber auch für den Fall der l. 5 § 1 de usufr. ear. rerum unterliegt Donells Erklärung erheblichen Zweifeln, indem dort Ulpian von einer condictio incerti redet, während die Klage auf die zum Quaſiuſusfruct hingegebene Sache, da er nach dem Anfang der Stelle zunächſt daran denkt, daß dieſe pecunia certa war, eine condictio certi hätte ſein müſſen. Ohnehin wird man auch eine Erklärung finden müſſen, die beiden Fällen zu genügen vermag, da eine Uebereinſtimmung derſelben durchaus in die Augen ſpringt und ein gleiches Princip beiden zu Grunde liegen muß. Daß auch in beiden der Cautionsberechtigte die Sache ſelbſt hingegeben hat, iſt gewiß kein zufälliges Moment, zumal weil da, wo die Sache auf andere Weiſe an den Uſufructuar gelangte, kein Verſuch gemacht wird, eine Condiction der Caution zuzulaſſen [ſ. die vorige Seite].

Klage aus der Caution hätte beigetrieben werden können, wenn er gleich Anfangs cavirt hätte.

Wenn nicht ſowohl über die Frage, ob Caution zu beſtellen iſt, zwiſchen Eigenthümer und Uſufructuar geſtritten wird, ſondern über die, ob die angebotene Realcaution genügende Sicherheit gewähre, ſo ſoll das arbitrium boni viri entſcheiden [t]). Bürgſchaftsbeſtellung iſt die regelmäßige und in den Geſetzen allein erwähnten Form dieſer Realcaution; wie weit da, wo der Uſufructuar ſie nicht beſchaffen kann, ein Surrogat dafür angenommen werden muß, wird in Gemäßheit der ſonſtigen, hinſichtlich der prätoriſchen Cautionen geltenden Grundſätze zu entſcheiden ſein.

§. 57.

Der geſetzliche Uſusfruct.

Wenn der Uſusfruct in einer nur ihm eigenthümlichen Weiſe, ohne daß es eines Errichtungsactes bedarf, unmittelbar in Folge geſetzlicher Vorſchrift eintritt, ſo bedarf dies Verhältniß nicht allein um dieſer Entſtehungsweiſe willen einer beſondern Beſprechung — denn dann hätten wir ſie füglich dem folgenden Abſchnitt vorbehalten müſſen — ſondern es bietet daneben auch ſeinem Inhalt nach mannigfache materielle Abweichungen vom regelmäßigen Uſusfruct und muß daher hier eingehender behandelt werden. Das römiſche Recht läßt in fünf Fällen einen geſetzlichen Uſusfruct entſtehen, die wir getrennt werden darſtellen müſſen:

1) Der Vater erwirbt einen Uſusfruct an dem *peculium adventitium* des Hausſohns. Nachdem ihm im alten Rechte das unbeſchränkte Eigenthum an allen Erwerbungen deſſelben zugeſtanden hatte, ſoweit ſie nicht zu deſſen peculium castrense gehörten [u]), führte zuerſt Conſtantin darin eine Beſchränkung ein, daß er

t) L. 4 C. de usufr. 3, 33.

u) Gegen die Anſicht, welche ſchon zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten Anfänge des peculium adventitium erkennen will, ſiehe Marezoll in dem Aufſatz, Reviſion der Lehre von den ſ. g. Adventitien in der Gießer Zeitſchrift für C. R. und Pr. Bd. 8 (1835) S. 75 ff.

Maaßregeln ergriff, um die Güter, welche den Hauskindern von ihrer Mutter zukamen, die bona materna, denſelben zu erhalten und das that er, indem er dem Vater die Veräußerungsbefugniß daran entzog und für den Todesfall deſſelben dem betreffenden Hauskinde den Anfall dieſer Güter und zwar als praecipuum zuſicherte. Das Recht des Vaters bezeichnete er hier zwar ſchon einmal als eine potestas utendi fruendique oder als ein fruendi pontificium und verlangt auch von ihm, daß er die Sache mit Sorgfalt behandele und ſchütze[b]), aber dennoch iſt er noch fern davon, an einen eigentlichen Uſusfruct zu denken, und ſagt deßhalb am Anfang der Conſtitution, die Sachen ſollen in parentum potestate atque dominio ſein, und in der folgenden l. 2 C. Theod. bezeichnet er das Recht des Vaters als ein dominium possessionis. Arcadius und Honorius ſtellten ein gleiches Rechtsverhältniß hinſichtlich aller Güter her, die ein Hauskind von mütterlichen Verwandten erhielt [der bona materni generis][c]), und Theodos und Valentinian hinſichtlich derer, welche ein Hauskind von ſeinem eigenen Ehegatten erhielt [der lucra nuptialia][d]). Inzwiſchen hatte ſich aber der Geſichtspunkt ausgebildet, daß das Recht des Vaters, welches ja mit ſeiner Lebenszeit aufhöre und ihm keine freie Verfügung über die Subſtanz der Sache verſtatte, dem Uſusfruct ähnlicher als dem Eigenthum ſei, und die zuletzt genannten Kaiſer bezeichnen daſſelbe rückſichtlich der bona materna ſchon ganz beſtimmt als einen Uſusfruct[e]). Dieſe Auffaſſung wird durch Juſtinian feſtgehalten, und ſowohl in die ältern Conſtitutionen durch die Compilatoren nach-

b) L. 1 C. Theod. de matern. bon. 8, 18: — parentes, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere et, quod iure filii debetur, in examine poscere, et sumtus ex fructibus impigre facere, et litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam.

c) L. 7 C. Theod. daſelbſt.

d) L. 1 C. Theod. de bonis quae filiis famil. 8, 19; l. 1 C. Just. daſelbſt 6, 61.

e) L. 9 C. Theod. de mat. bonis 8, 18.

träglich hineingetragen f), als auch bei den Sachen angewandt, an denen Juſtinian zuerſt den Hauskindern ein beſonderes Recht verlieh. Denn aller Erwerb derſelben, ſoweit er nicht zum castrense, quasi castrense, adventitium irregulare, oder profectitium gehört, oder in Folge geſetzlicher Vorſchrift aus dem Vermögen des Vaters an ſie fällt g), ſoll dem Eigenthum nach den Kindern zuſtehen, der Vater aber daran den Uſusfruct haben h). Gleichwohl aber verfügt Juſtinian, die Kinder ſollten deßhalb nicht etwa Hypotheken am Vermögen des Vaters haben oder Rechnungsablage von ihm fordern können, ſondern er habe plenissimam potestatem uti fruique. Et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filiusfamilias . . . vetare eam, in cuius potestate est, easdem res tenere aut, quomodo voluerit, gubernare, vel si hoc fecerit, patria potestas in eum exercenda est etc. i). Doch auch den Uſusfruct des Vaters an den bona materna und materni generis mußte er ſich eben ſo denken, da er in l. 8 § 5 de secund. nupt. 5, 9, wo er den Kindern für den Fall, daß ihr Vater zur zweiten Ehe ſchreitet, zur Sicherung ihres Anſpruchs auf jene Güter eine Hypothek am ganzen Vermögen des Vaters verleiht, die Warnung hinzufügt: ita tamen, ut occasione talium hypothecarum neque patris . . . administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam eis movere super hoc quaestionem, und alſo da, wo dieſe Hypothek noch nicht entſtanden war, noch viel weniger ein Klagrecht der Kinder gegen ihren Vater wegen ſchlechter Verwaltung zugelaſſen haben kann.

Hierin liegt nun ſchon, wie trotz dem Namen das Verhältniß des Vaters zu den ſämmtlichen Sachen des ſogen. peculium adventitium ſeines Hauskindes ſich immer weſentlich vom regelmäßigen Uſusfruct unterſcheidet und hauptſächlich nur die Zeitdauer mit ihm gemein hat. Es fehlt das ganze ſo charakteriſtiſche Obligationsverhältniß, welches neben dieſem in Folge der Cautionspflicht des Uſufructuars hergeht, und welches hier ſchon deßhalb wegfällt, weil eine

f) L. 1 und l. 2 C. Just. de bon. mat. 6, 60.
g) Vgl. Marezoll S. 217 ff.
h) L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61.
i) § 2 daſ.

civile Obligation, wie ſie durch die Kaution erzeugt wurde, zwiſchen Vater und Hauskind unmöglich war, und deßhalb ſchon, auch wenn es jene Geſetze nicht ausdrücklich angeordnet hätten, Letzterem jede Möglichkeit genommen war, während der Dauer des väterlichen Rechts Klage wegen Verletzung der fraglichen Sache zu erheben. Denn auch die Klagen, welche bloß auf Grund des Delicts Entſchädigungen forderten, ſtanden ihm nicht zu, ſo lange ihn der Schaden noch nicht wirklich getroffen hatte, d. h. ſo lange er noch nicht fordern konnte, daß die unbeſchädigte Sache wieder Theil ſeines Vermögens werde (vgl. §. 51 S. 475). Aus dieſem Grunde können wir auch nicht beiſtimmen, wenn man in neuerer Zeit aus der erwähnten Vorſchrift Conſtantins in l. 1 C. de bon. mat., wonach der Vater bei der Benutzung der bona materna omnem huiusce rei diligentiam präſtiren ſoll, und aus Juſtinians Worten in l. 6 C. de bon. quae lib., wonach die Verwaltung des Vaters an dem durch jene Conſtitution geſchaffenem peculium adventilium eine gubernatio penitus impunita ſein ſoll, auf einen weſentlichen Unterſchied zwiſchen der Behandlung der bona materna und der ſonſtigen Adventitienſachen ſchließen zu müſſen glaubt. Conſtantin fordert allerdings omnem diligentiam vom Vater, aber er hat kein Mittel geſchaffen, um dieſer Forderung alsbald Nachdruck zu geben, und ſo bleibt es meiſten Theils eine bloß moraliſche Vorſchrift, die nicht rechtlich erzwingbar iſt. Geht die Sache durch ein noch ſo culpoſes Unterlaſſen des Vaters unter, ſo giebt es keine Klage, um von ihm, oder von ſeinem Erben Erſatz zu verlangen. Anders verhält es ſich allerdings, wenn er die Sache poſitiv verletzt, und dadurch Klagen gegen ihn, oder richtiger, da gegen ihn nicht geklagt werden ſoll, gegen ſeine Erben möglich werden; auf ſein Recht zur Nutznießung wird ſich exceptionsweiſe, um die Verletzung als einen Ausfluß derſelben zu rechtfertigen, nur dann berufen werden können, wenn er daſſelbe als ein diligens pater familias geübt hat. Dies wird aber nicht allein da möglich ſein, wo es ſich um bona materna handelt, ſondern auch bei allen andern Arten der Adventitien, wenn es auch nicht ausdrücklich vorgeſchrieben iſt. Denn nur die gubernatio iſt eine ungeſtrafte; und dazu kann nicht die vorſätzliche culpoſe Beſchädigung gerechnet werden, deren ſich der Vater doch enthalten

mußte, da er wußte, daß die Sache eine fremde war[k]). Doch wird praktiſch die Frage kaum von Bedeutung geweſen ſein können, da von den Erben, gegen welche ja nur geklagt werden konnte, immer doch nur das, um welches ſie in Folge jenes Delicts reicher geworden waren, nicht etwa Strafen oder Entſchädigungen gefordert werden konnte, und das galt nicht nur hinſichtlich der eigentlichen Strafklagen, ſondern auch hinſichtlich der Vindication, falls mit dieſer etwa die vom Vater doloſe vernichtete Sache, die er alſo dolo malo desiit possidere, gefordert werden ſollte; denn auch hier hafteten die Erben nur bis zum Belauf der Bereicherung[l]). Durch poſitive Beſchädigungen der Sache werden die Erben ſelten bereichert ſein.

Neben der ſeither beſprochenen großen Verſchiedenheit zwiſchen dem Recht des Vaters an den Adventitien- und dem regulären Uſusfruct unterſcheidet ſich dieſe noch weiter dadurch, daß der Vater alle Klagen zum Schutze der Sache, nicht etwa bloß, ſoweit ſie einem Uſufructuar zuzuſtehen pflegen, oder ſo weit er als Stellvertreter des Sohnes handeln kann, ſondern aus eigenem Namen und, als ob er Eigenthümer ſei, erheben kann; denn die Vorſchrift Conſtantins, welcher noch dem Geſichtspunkt, als ob der Vater nur den Uſusfruct habe, durchaus fern ſtand, und der daher mit Recht

k) Man führt für den angeblichen Unterſchied zwiſchen der Stellung des Vaters gegenüber den bona materna, mit denen man auch die bona maternl generis und nuptialia gleichſtellt, und der gegenüber den erſt von Juſtinian mit Adventitienqualität verſehenen Sachen auch die Faſſung der l. 6 § 2 cit. an, indem der Kaiſer zuerſt ſage, daß bei dieſer neuen Art „in successione quidem“ ganz daſſelbe Recht herrſchen ſolle, wie bei den res maternae und nuptialos und dann fortfährt: non autem hypothecam filii sperare audeant, nec rationcinia ei super. administratione inferre etc. . Allein bei der oft ſo unjuriſtiſchen Faſſung juſtinianeiſcher Geſetze iſt das „autem“ doch wohl genügend dadurch erklärt, daß zu Gunſten der Erſtern der Genannten ein Pfandrecht für den Sohn vorkam, und Juſtinian dieſes nicht auch hier zulaſſen wollte, Daß daneben noch durch das Verbot, Rechnungsablage zu fordern, ein großer Gegenſatz zwiſchen den beiden Verhältniſſen geſchaffen werde, können wir um dieſes autem willen allein nicht annehmen, da ſich, wie geſagt, kein Rechtsgrund auffinden läßt, der dem Vater hinſichtlich der bona materna zur Rechnungsablage verpflichten ſoll.

l) L. 52 de rei vind. 6, 1.

verfügen konnte: litem inferentibus resistere atque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum fuisset, iſt für die bona materna unverändert in den juſtinianeiſchen Codex trotz der ſonſtigen eingreifenden Emendation jener Conſtitution aufgenommen worden; und da nun bei Einführung der neuen Arten der Adventitien, die ſich doch immer an jene alten Arten anlehnen ſollten, keinerlei Beſchränkung in dieſer Hinſicht vorgeſchrieben iſt, vielmehr dem Vater die plenissima potestas gubernandi zugeſprochen wird, ſo muß man auch hier ein unbeſchränktes Klagrecht des Vaters annehmen[m]). Die Koſten der von ihm angeſtellten Klagen muß er aber aus eigenen Mitteln beſtreiten und ohne deßhalb ſpäter ein Retentionsrecht an den Adventitien üben zu dürfen[n]), wie er denn wohl überhaupt für alle auf dieſelben gemachten Verwendungen keinen Erſatz fordern kann, und ohne daß man dabei, wie ſonſt beim Uſusfruct, zwiſchen den regelmäßig erforderlichen und den außerordentlichen Verwendungen ſcheiden darf. Denn ſonſt würde jede ſolche außerordentliche Verwendung, da das Hauskind ja regelmäßig kein weiteres Vermögen hat, aus der es dermaleinſt den Erſatz leiſten kann, zu einer partiellen oder gar gänzlichen Veräußerung der Adventitien führen, und dieſe ſoll durchaus vermieden werden. Da aber dies leicht dahin führen würde, daß durch Unterlaſſen außerordentlicher Verwendungen die Sache zu Grunde ginge und dann dem Hauskind doch entzogen würde, ſo hat das Recht geſtattet, ſolche Sachen, welche nur zur Laſt ſind, ohne große Reparaturen keinen

---

m) Eine entgegengeſetzte Anſicht, wonach der Vater den Conſens des Sohnes nachweiſen muß, baut man darauf, daß in l. 8 § 2 C. de bon. quae liber. dieſer Conſens zu klagen auf Grund einer an den Sohn gefallenen Erbſchaft verlangt wird. Wie aber hier der Geſichtspunkt leitend geweſen zu ſein ſcheint, daß die Erbſchaftsklage nur die Realiſirung des Erwerbs bildet, alſo gewiſſermaßen noch ſelbſt zum Erwerb der Erbſchaft gehört, der natürlich nicht ohne den Sohn vor ſich gehen konnte, iſt von Marezoll a. a. O. S. 372 nachgewieſen.

n) L. 8 § 3 C. de bonis quae liberis 6, 61. — sumtibus videlicet a patre, propter rerum in crementa, faciendis. Quum enim nuda proprietas in filiofamilias inveniatur, ex qua substantia possibile est, eum sumtus litis dependere.

Nutzen gewähren oder ſich nicht halten können, durch Veräußerung in Geld zu verwandeln, ſo daß dies nunmehr den Charakter der Adventitien annimmt[o]). Nur muß die Veräußerung dann vom Vater filii nomine geſchehen[p]). Auf dieſe Weiſe wird dem Vater ſein eigenes Intereſſe rathen, wenn er kein Geld in die unbrauchbar werdenden Sachen des Sohns ſtecken mag, ſie rechtzeitig zu veräußern, um wenigſtens das dafür empfangene Geld benutzen zu können. Nur muß er dem Käufer gegenüber dafür einſtehen, daß der Verkauf wirklich auch im Intereſſe des Hauskindes war, indem dieſer ihn ſonſt wird anfechten können.

Es wird uns hier zuweit in das Gebiet des Familienrechts und damit zu weit von unſern Zwecken abführen, wenn wir dieſes nur uſusfructartige Recht des Vaters an den Adventitien in allen ſeinen Beziehungen verfolgen wollen, und wir müſſen uns damit begnügen, die von Andern gefundenen Reſultate kurz wiederzugeben, wobei wir auf die ſchon mehrfach citirte Abhandlung von Marezoll und eine andere deſſelben Verfaſſers über die Dauer des väterlichen Rechts an den Adventitien in derſelben Zeitſchrift Bd. 13 (1839) S. 169—237 verweiſen können, welche in gründlichſter Weiſe dieſe Lehre behandelt haben. Darnach erlöſcht das Recht des Vaters nicht nur mit ſeinem Tode oder ſeiner capitis deminutio media und maxima, ſondern auch ſobald der Sohn sui iuris wird; nur das jener ſich, wenn er freiwillig emancipirt hatte, früher ein Drittheil der Adventitienſachen als praemium emancipationis zu vollem Eigenthum, ſeit Juſtinian die Hälfte zur Fortſetzung des ſeitherigen uſufructuariſchen Rechts vorbehalten konnte. Seit der Nov. 118 erlöſcht das Recht des Vaters auch dann, wenn das Hauskind ſtirbt, und er deſſen Erbſchaft mit andern Ascendenten oder Geſchwiſtern antritt. Giebt er das Hauskind dagegen in Adoption, ſo verbleibt ihm der Uſusfruct, wenn er ihn nicht ausdrücklich aufgiebt, und ebenſo, wenn daſſelbe ſtirbt und nicht vom Vater beerbt wird, und zwar verändert das Recht dadurch, daß dann das Eigenthum nicht mehr beim eigenen Hauskinde, ſondern bei extranei iſt, durchaus nicht ſeinen Charakter,

o) L. 8 § 5 C. daſelbſt.

p) L. 8 § 4 und § 5 C. daſelbſt.

ſondern der Vater iſt nach wie vor von jeder Cautionspflicht frei und hat darum noch immer die unbeſchränkteſten Adminiſtrationsbefugniſſe.

Wenn der Vater, während ſeine Gewalt über das Kind noch fortdauert, dieſem die Verwaltung und Benutzung überläßt, ſo kann darin nicht ein bindender Verzicht auf ſein Recht geſehen werden, ſondern er verleiht damit nur ein ihm zuſtehendes Vermögensrecht dem Sohne zum peculium profectitium, und kann daſſelbe wie jeden andern Theil dieſes Peculiums wieder an ſich heranziehen. Doch wenn er dem Hauskinde die Veräußerung der Sache geſtattet[q]), wird mit der geſchehenen Veräußerung ſein Uſusfruct untergehen; dagegen wird er aber das gelöſte Geld dem Kinde wieder abnehmen können, und dieſes dann die Adventitienqualität annehmen. Hinſichtlich der Frage, ob der Vater ſein uſufructuariſches Recht als ſolches veräußern könne, muß ich von Marezoll [Bd. 8 S. 410] weſentlich abweiſen. Dieſer ſagt, er könne nicht nur ſein Recht ſo wenig veräußern, wie irgend ein andrer Uſufructuar, ſondern dürfe auch die Ausübung nicht auf Andere übertragen, da es bei dem ganzen Inſtitut, welches den Uſufructuar von der Cautionspflicht entbinde, weſentlich ſei, daß ſich Vater und Kind gegenüber ſtänden, bei denen das Pietätsverhältniß ſchon ſo mächtig ſei. Allein Marezoll muß [S. 405] zugeſtehen, daß wenn der Vater doch die Sache veräußert, das Hauskind erſt nach aufgelößter potestas und alſo erſt, nachdem der Uſusfruct des Vaters erloſchen iſt, dieſe Veräußerung revociren kann[r]), und da auch der Vater den von ihm ſelbſt vorgenommenen Veräußerungsact nicht wieder anfechten kann, ſo hat der Erwerber die Sache für die Dauer des Uſusfructs in derſelben Weiſe, wie der Vater, d. h. er iſt nur für poſitive Beſchädigungen verantwortlich, und es iſt nicht abzuſehen, wenn dieſer Erfolg durch die unerlaubte Veräußerung der ganzen Sache erreicht werden kann, warum der Vater nicht auch durch Veräußerung ſeines Uſusfructs allein daſſelbe direct zu erreichen vermag.

---

q) Daß er das kann, erhellt aus l. 8 § 5 C. de bonis quae liberis 6, 61.

r) L. 1 und 2 C. de bon. mat. 6, 60; l. 4, l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6, 61.

2) Einen geſetzlichen Uſusfruct hat jeder überlebende Ehegatte, welcher zur zweiten Ehe ſchreitet und Kinder aus der erſten Ehe hat, an den vom verſtorbenen Ehegatten durch Teſtament, Schenkung oder Ehepacten, oder von einem Kinde aus der früheren Ehe durch Inteſtaterbfolge erworbenen Sachen [den ſogen. lucra nuptialia], welche dem Eigenthume nach an die Kinder erſter Ehe und, ſollten dieſe ſterben, an ihre, ſie beerbenden Descendenten fallen[s]), vorausgeſetzt daß die Kinder ſich deſſen nicht durch Undankbarkeit gegen einen der Eltern unwürdig gemacht haben, wo ihr Theil den andern Kindern, oder falls keine vorhanden ſind, den übrigen Erben des Verſtorbenen zufällt[t]). Die Entwicklungsgeſchichte dieſes geſetzlichen Uſusfructs iſt dieſelbe, wie die des Uſusfructs an den Adventitien. Während in den erſten Conſtitutionen, die ein Vorrecht der Kinder erſter Ehe an den lucra nuptialia zunächſt bei der Wiederverheirathung der Mutter ſchufen[u]), nur der Geſichtspunkt feſtgehalten wird, daß dem coniux binubus die Möglichkeit entzogen werden ſoll, die Sachen zu veräußern, und die Kinder erſter Ehe allein darin ſuccediren ſollen, ja Theodos und Valentinian, die auch für den Fall der zweiten Ehe des Vaters den Kindern erſter Ehe gleiches Vorrecht an ſeinen lucra nuptialia gewähren, den Eltern in der Art noch ein Wahlrecht unter den mehreren Kindern zugeſtehen, daß es von ihrer Entſcheidung abhängt, wer nach ihrem Tode die Sache erhalten ſoll[v]), ſo kommt doch auch hier allmälig der Geſichtspunkt des Uſusfructs auf, und ſchon Theodos und Valentinian ſagen in der eben citirten Conſtitution: dominium autem rerum ad liberos pertinere decernimus, und dieſen Geſichtspunkt hält Juſtinian überall feſt, wie er denn auch das eben erwähnte ius electionis der Eltern beſeitigt[w]). Daß auch von ihm beſtätigte Recht derſelben, undankbaren Kindern die Sache ganz zu entziehen[x]), verträgt ſich freilich ſchlecht genug mit

s) L. 7 C. de secund. nupt. 5, 9.
t) Nov. 22 c. 8 und c. 21.
u) L. 3 und l. 4 C. de secund. nuptiis 5, 9.
v) L. 5 C. daſelbſt.
w) Nov. 2 und 22.
x) Nov. 22 c. 26 § 1.

der Auffaſſung, als hätten die Eltern nur den Uſusfruct; denn jetzt verfügt der Uſufructuar über das Eigenthum. Bei dieſer Geſchichte des Inſtituts ergiebt ſich von ſelbſt, daß, wenn nicht ein ausdrückliches Geſetz gegeben iſt, welches den Eltern die Verpflichtung auferlegt, die uſufructuariſche Caution zu beſtellen, aus dem bloßen Namen ſolche nicht abgeleitet werden kann, ſondern die Analogie der Adventitien entſcheiden muß; außerdem weißt aber auch Juſtinian noch ausdrücklich den Kindern eine gleiche Stellung gegenüber den lucra nuptialia an, als wie ſie die Hauskinder hinſichtlich der Adventitien haben, indem er in l. 8 § 5 C. de sec. nuptiis von Beiden ſagt, ſie ſollen nicht die Adminiſtration des Vaters oder der Mutter ſtören, oder darüber mit dieſen zu proceſſiren wagen. Dem gemäß muß auch eine Vorſchrift beurtheilt werden, welche zuerſt von Leo und Anthemius gegeben und von Juſtinian ausgebildet und modificirt wird, und in Folge deren die mater binuba die beweglichen Sachen nur behält, wenn dieſe vorher durch Schiedsrichter geſchätzt ſind, und wenn ſie ſich durch genügende Bürgen zur Rückerſtattung des Werthes verpflichtet[y]). Das ihr früher geſtattete Wahlrecht, ob ſie ſtatt deſſen vier Procent des Werths jedes Jahr von den Kindern beziehen will, hat Juſtinian auf den Fall beſchränkt, wo der Mann vermögend war und ſich viel an ſolchen beweglichen Sachen, wie ſie die Mutter beanſpruchen kann, in ſeinem Nachlaß findet. Durch dieſe Vorſchrift wird der Uſusfruct der Mutter an beweglichen Sachen zu einem Quaſiuſusfruct [ſiehe § 58] verwandelt, und iſt demgemäß zu beurtheilen. Aber auszudehnen iſt dieſe Cautionspflicht nicht, wie ſie ſchon bei unbeweglichen Sachen in jenen Stellen nicht angenommen und auch nur der Mutter nicht dem Vater gegenüber anerkannt wird; bei dieſem entſtände ja ohnehin wieder meiſten Theils die Schwierigkeit, daß ein Vater mit ſeinem Hauskinde Stipulationen abſchließen müßte. Hiervon abgeſehen werden durchaus die für den Uſusfruct an den Adventitien aufgeſtellten Regeln überall maßgebend ſein müſſen.

3) Fällt einem Manne beim Tode der Frau die dos oder einer Frau beim Tode ihres Mannes die donatio propter nuptias zu, ſo

y) L. 6 § 1 C. de sec. nupt. 5, 9; nov. 2 c. 4; nov. 22 c. 45.

sollen Beide, falls sie Kinder aus der betreffenden Ehe haben, mit diesen allen das Eigenthum der erhaltenen Sachen zu gleichen Theilen theilen, dagegen den Ususfruct an der ganzen dos oder donatio propter nuptias für sich allein haben[z]). Wie Justinian sich diesen erst von ihm geschaffenen Ususfruct gedacht hat, hat er nicht ausdrücklich angegeben, doch bringt er ihn in die nächste Verbindung mit dem Ususfruct an den lucra nuptialia im Falle der zweiten Ehe, und so werden die da aufgefundenen Regeln auch hier analog zur Anwendung zu bringen sein, so daß sich auch dieser Ususfruct weit vom regelmäßigen Ususfruct entfernt

4) Wird eine Ehe geschieden, und erhält der unschuldige Theil aus dem Vermögen des andern Theils in Folge davon etwas, so soll das Eigenthum daran alsbald den Kindern aus dieser Ehe zufallen und den geschiedenen Gatten nur der Ususfruct bleiben[aa]). Die unmittelbare Verbindung in der Justinian in der nov. 28 dies Verhältniß im Zusammenhang mit dem unter 3 von uns besprochenen bringt, sowie der Umstand, daß sich auch hier Vater und Hauskinder als Usufructuar und Eigenthümer häufig gegenüberstehen werden, läßt darauf schließen, daß auch hier von den Eltern keine Caution bestellt zu werden braucht.

5) Die arme Wittwe, welche aus dem Nachlaß ihres reichen Mannes ab intestatio ein Viertheil oder eine Virilportion erhält, soll daran, wenn sie mit eigenen Kindern concurrirt, nur den Ususfruct, die Kinder aber das Eigenthum haben[bb]). Auch diese Schöpfung Justinians wird nicht als ein regelmäßiger Ususfruct aufgefaßt werden dürfen, wenn gleich hier der zuletzt unter 4 geltend gemachte Grund nicht anwendbar ist. Allein Justinian beruft sich in der Nov. 117, wo er jenes Erbrecht anordnet, auf zwei andere Novellen, die schon denselben Zweck, nämlich Sicherung der undotirten Frau eines reichen Mannes gegen Armuth, im Auge hätten, und die er nur ergänzen und besser gestalten (κάλλιον διατυποῦντες) wolle. In diesen (Nov. 22 c. 18; Nov. 53 c. 6) wird aber zunächst ge-

z) Nov. 98 c. 1 und nov. 127 c. 3.

aa) L. 8 § 7 C. de repud. 5, 17; nov. 28 c. 2.

bb) Nov. 117 c. 5.

ſagt, wenn die arme Frau von ihrem reichen Manne verſtoßen werde, ſolle ſie einen Theil ſeines Vermögens haben, an dem ſie daher, wenn Kinder da ſind, den Uſusfruct in der unter 4 beſprochenen Weiſe erhält und alſo nur hinſichtlich der beweglichen Sachen Caution wegen Erſtattung des Werths leiſtet. Dann erſt verfügt er, eben ſo, wie wenn ſie verſtoßen ſei, ſoll ſie auch nach dem Tode des Mannes die betreffende Quote erhalten und alſo auch ohne Leiſtung einer eigentlichen cautio usufructuaria, und Juſtinians Stillſchweigen hierüber in der Nov. 117 beweißt, daß er hierin nichts hat ändern wollen.

Anhang.

§ 58.

Der Quaſiuſusfruct.

Das Inſtitut des Quaſiuſusfructs liegt ſeinem innern Bau nach außer dem Bereiche des Servitutenrechts. Denn ſelbſt ſoweit daſſelbe an körperlichen Sachen beſtellt iſt, und ſoweit daher allein von einer Verwandtſchaft mit den Servituten die Rede ſein könnte, fehlt ihm die weſentlichſte Eigenſchaft jeder Servitut — er verleiht nicht irgend ein unmittelbares dingliches Recht an der fremden Sache, ſondern er gewährt ſtatt deſſen völliges Eigenthum und hat nur für den, welcher ſolches auf Grund eines Quaſiuſusfructs erwirbt, die Verpflichtung im Gefolge, Caution wegen künftiger Rückgabe einer gleichen Quantität derſelben Sachen zu beſtellen. Die enge Verwandtſchaft, welche ſich ſchon darin zwiſchen dieſem Inſtitut und dem durch Eigenthumsübertragung abgeſchloſſenen und unmittelbar zur Rückgabe verpflichtenden Darlehnscontrakt zeigt, weißt ſchon darauf hin, wie der Quaſiuſusfruct ſeiner Structur nach eher einen Platz im Obligationenrechte, als unter den Servituten hätte finden müſſen. Wenn aber gleichwohl die römiſche Jurisprudenz, die ſonſt für ihr Syſtem aus den Klagen, mit welchen die einzelnen Inſtitute geſchützt ſind, den Eintheilungsgrund zu entnehmen pflegt, hier vergißt, daß

der confeſſoriſchen Klage keinerlei Function beim Quaſiusfruct angewieſen iſt und denſelben in Verbindung mit dem regulären Uſusfruct behandelt hat[a]), und wenn in gleicher Weiſe unſere heutigen Syſtematiker verfahren, die ſonſt ſo ſtrenge den innern Bau der Rechtsverhältniſſe unterſuchen und lediglich darnach die Stellung des einzelnen Inſtituts im Rechtsſyſtem zu beſtimmen pflegen, ſo liegt der Grund darin, daß der Quaſiusfruct von Anfang an nur dazu dienen ſollte, ein dem Uſusfruct möglichſt ähnliches Verhältniß zu ſchaffen, wo dieſer ſelbſt der Natur der fraglichen Sachen, als rei consumtibiles, wegen durchaus unanwendbar war, und daß er dafür ſeine eigenthümliche Geſtalt nur durch analoge Anwendung der für den wahren Uſusfruct gegebenen Regeln erhalten hat und nur an der Hand der letztern verſtanden werden kann.

Der Urſprung des Quaſiusfructs iſt auf die Geſetzgebung zurückzuführen. Ein Senatusconſult, welches ſchon die Juriſten Sabinus und Nerva, die unter Tiberius leben[b]), kennen und interpretiren[c]), hat nach Ulpians Bericht in l. 1 de usufr. earum rerum den Rechtsſatz aufgeſtellt:

> ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio[d]) esse constaret, ususfructus legari possit[e]).

a) § 2 J. de usufr. II, 3; tit. de usufr. earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5.

b) L. 2 § 47 de orig. iuris 1, 2.

c) L. 3, l. 5 § 1 de usufr. earum rerum 8, 5.

d) Nach der § 26 S. 224 bereits beſprochenen l. 1 de usufr. legato 33, 2 des Paulus ſcheint der Wortlaut des Senatusconſults anders geweſen zu ſein, indem dort ein ſo beſonderer Nachdruck auf das „ut omnium, quae in bonis sint“ etc. gelegt wird, daß dieſer Ausdruck wahrſcheinlich darin vorgekommen ſein muß.

e) Die Entſtehungszeit dieſes Senatusconſults ſetzt man gewöhnlich unter Tiberius, was freilich dadurch allein nicht bewieſen werden kann, daß uns nur von Juriſten aus ſeiner Zeit berichtet wird, welche daſſelbe kannten, indem wir ja ohnehin nur ſo wenige Ueberreſte der Schriften älterer Juriſten haben, daß aus deren Schweigen über ein Inſtitut nicht gefolgert werden kann, ſie hätten daſſelbe nicht gekannt, und indem ferner nur ganz zufällig bei Beſprechung einer einzelnen in Folge jenes Senatusconſults entſtandenen Rechtsfrage die Namen von Sabinus und Nerva genannt werden. Wenn aber auch

und dieſer Satz hatte alsbald den Quaſiuſusfruct im Gefolge, ohne daß es nöthig war, daß er ausdrücklich darin erwähnt wurde, und ohne daß wir deßhalb auch mit Gerhardt Nodt [de usufr. lib. I. c. 20] ein eignes zweites Capitel mit derartigem Inhalt zu conſtruiren brauchen oder auch nur, da nirgends eine Spur darauf hinweißt, eigenmächtig conſtruiren dürfen. Denn da es vielmehr in Betreff aller der Sachen, an denen ein wahrer voller Uſusfruct möglich iſt, keinerlei legislatoriſche Thätigkeit bedurfte, ſondern an dieſen ſchon ſeit langer Zeit ein Uſusfruct errichtet wurde, ſo hatte jenes Senatusconſult neben den nomina und den ſonſtigen im Vermögen enthaltenen Rechten vor Allem die Sachen im Auge, welche mit dem ihrem regelmäßigen Zweck entſprechenden Gebrauch alsbald untergehen, ſo daß eine zeitweilige Ueberlaſſung eines derartigen Gebrauchs undenkbar iſt, und an welchen daher ſeither ein unbeſchränkter Uſusfruct, der zu einem ſolchen Gebrauch ermächtigen würde, nicht beſtellt werden konnte. Wie das Senatusconſult aber an dieſen auch nur das Verhältniß, welches wir als Quaſiuſusfruct bezeichnen, nicht einen wahren Uſusfruct herſtellen konnte, legt Gaius in l. 2 § 1 de usufr. earum rerum in treffender Weiſe dar. Dort heißt es:

> Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usus-fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari poterit) sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi [f]).

G. F. Puchta [kleine civiliſtiſche Schriften S. 214] mit Recht nachweißt, wie man aus Ciceros Topic c. 3 nicht folgern könne, daß dies Senatusconſult noch nicht exiſtirte, als Cicero jene Stelle ſchrieb, ſo iſt es doch kaum wahrſcheinlich, daß ihm ein Alter beizulegen iſt, welches über die Kaiſerzeit hinausgeht. Denn gegen ſolche Annahme ſpricht namentlich der Umſtand, daß die klaſſiſche Jurisprudenz ſich ſo vielfach direct auf das Senatusconſult beruft, und daſſelbe alſo noch als ein äußeres Factum in regem Bewußtſein tragen mußte, wie es ſchwerlich der Fall geweſen ſein würde, wenn daſſelbe einer lange vergangenen Zeit angehört hätte.

f) Aehnlich ſagt Juſtinian in § 2 J. de usufr. II, 4: Nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiant usumfructum.... Ergo Senatus non fecit earum rerum usumfructum — nec enim poterat — sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

Hier wird also der Grund für die Möglichkeit des Quasiususfructs in einem „remedium“ gesucht, ohne daß jedoch gesagt wird, worin es besteht, und ob das Senatusconsult selbst dasselbe schon eingeführt hat. Dies erfahren wir aber aus andern Stellen, indem nicht nur die Institutionen [§ 2 de usufr. II, 4] sagen:

> Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur.

sondern indem auch anderswo von einer cautio ex senatusconsulto[g]), oder von einer cautio oblata secundum formam senatusconsulti[h]) die Rede ist, so daß also dort eine eigenthümliche Caution mit besonderer Form vorgeschrieben sein mußte, in welcher wir mit Recht das „remedium“ des Gaius erkennen können.

Das Charakteristische des wahren Ususfructs nämlich, die zeitweilige Ueberlassung der Vortheile des Eigenthums, ist nicht möglich, wo die Ausbeutung dieser Vortheile alsbald zu einer gänzlichen Vernichtung der Sache führt, und also eine Rückgabe derselben unmöglich wird. Weil aber diese res consumtibiles fast durchgängig die Natur der res fungibiles haben, d. h. so beschaffen sind, daß die einzelnen Species derselben jeder andern ihrer rechtlichen Bedeutung nach völlig gleich ist und daher, ohne daß ein wahres Interesse verletzt wird, durch diese ersetzt werden kann, so hat das Senatusconsult den Ausweg gefunden, daß es im Falle des Ususfructs an verbrauchbaren Sachen nicht die Restitution der hingegebenen Sachen verlangt, — denn dann würden diese ja vom Usufructuar gar nicht benutzt werden können, — sondern nur Restitution von tantundem eiusdem generis, und um dies zu erreichen, hat es die usufructuarische Caution entsprechend umgeformt. Eine Nutzungsberechtigung ohne Ende und Beschränkung, wie sie nunmehr dem Quasiusufructuar gegenüber den ihm übergebenen individuellen Sachen zusteht, kann nicht mehr als eine Servitut an diesen Sachen aufgefaßt werden, sondern ist zu völligem Eigenthum geworden[i]). Daraus folgt aber

---

g) L. 24 de usufr. leg. 33, 2; vgl. l. 11 de usufr. earum rer. 7, 5.
h) L. 1 C. de usufr. 3, 33.
i) L. 7 de usufr. earum rer. 7, 5. In l. 6 ut in possess. legator.

weiter, daß, während beim wahren Ususfruct die Caution zwar auch dazu dient, um den Rückfall der Sache an den Eigenthümer zur Geltung zu bringen und denſelben vortheilhafter und ſicherer zu machen, aber doch keineswegs das einzige Mittel dafür iſt, ſondern durch die Eigenthumsklagen unterſtützt wird, hier dagegen, wo das Eigenthum auf den Quaſiusufructuar übergegangen iſt, nur mittelſt der Caution der Anſpruch auf den Rückfall in Kraft geſetzt werden kann. Deßhalb wird der ausdrückliche Verzicht auf die Caution hier dem Verhältniß ganz den Charakter eines Quaſiususfructs haben nehmen können, und wenn nicht aus den concreten Verhältniſſen ein Rechtsgrund entnommen werden konnte, auf den ſich eine Rückforderungsklage ſtützen ließ, ſo wird aus dem pactum nudum, welches in dem Errichtungsgeſchäft lag, nur eine naturale Obligation auf Zurückgabe abgeleitet worden ſein können. Eine Ausnahme machte nur der auf unmittelbarer geſetzlicher Vorſchrift beruhende Quaſiususfruct. Denn hier tritt an die Stelle der Stipulation jenes Geſetz, welches die Rückgabe vorſchreibt, und daher bedarf der Sohn keiner actio ex stipulatu, um den Betrag der Adventitien von den Erben des Vaters beizutreiben, ſondern er kann ſich dazu einer condictio ex lege bedienen. Wenn von der Mutter, wo dieſe einen geſetzlichen Quaſiususfruct hat, nach den Erörterungen des vorigen Paragraphen Caution verlangt wird, ſo geſchieht es mehr, um den Kindern reale Sicherheit zu geben, als daß dadurch erſt eine Klage geſchaffen werden ſoll, und deßhalb wird in den betreffenden Stellen auch nicht ſowohl der Ausdruck „cautio“ als vielmehr der „fideiussio“ gebraucht. Dies ganze Verhältniß haben ſich viele Schriftſteller nicht klar machen können und deßhalb entweder jene Vorſchriften über die Entſtehung eines Ususfructs durch Geſetz auf die res, quae usu consumuntur, nicht zulaſſen wollen, trotzdem daß dann z. B. die Beſtimmungen, welche einen geſetzlichen Ususfruct an Vermögensquoten ſchaffen, faſt

---

38, 4 ſtellt Julian allerdings ususfructus und proprietas pecuniae einander gegenüber, aber der Zuſammenhang zeigt, daß er damit nur unterſcheiden will, ob das Geld ſo legirt ſei, daß die uſufructuariſche Caution beſtellt werden müſſe, oder nicht, daß er aber keineswegs dem Gelde gegenüber ein anderes dingliches Recht anerkennen will, als das Eigenthum.

unverſtändlich werden und außerdem die Geſetze gradezu einen geſetzlichen Uſusfruct an einem Kaufpreis, alſo an einer Geldſumme, anerkennen[k]), oder ſie haben wieder gegen den klaren Sinn der Geſetze überall eine cautio quasi usufructuaria zulaſſen zu müſſen geglaubt[l]).

Es liegt alſo ein doppeltes Moment in jeder Beſtellung eines Quaſiuſusfructs; einmal bewirkt ſie den Uebergang von Eigenthum, ſodann legt ſie dem Erwerber eine Verpflichtung zu einem poſitiven Thun, zur Cautionsleiſtung auf, und dieſe beiden Momente müſſen berückſichtigt werden, wenn wir die Regeln über die Art und Weiſe, wie der Quaſiuſusfruct zu conſtituiren iſt, auffinden wollen, welche uns in den Quellen nicht im Einzelnen überliefert werden.

Daraus freilich, daß in allen dort entſchiedenen Fällen vorausgeſetzt wird, der Quaſiuſusfruct ſei in Folge letztwilliger Verfügung entſtanden, und daß auch das oft erwähnte Senatusconſult nur verfügte, der Uſusfruct könne an allen Arten von Sachen legirt werden[m]), hat man mitunter den Satz ableiten wollen: der Quaſiuſusfruct könne nur durch letztwillige Verfügung errichtet werden — allein, wie auch jetzt allgemein angenommen wird, mit Unrecht. Denn das Gegentheil erhellt ſchon daraus, daß auch in den Fällen, welche in den Quellen entſchieden werden, die teſtamentariſche Dispoſition nicht immer alsbald den Quaſiuſusfruct erzeugt, ſondern mitunter nur eine Obligation zur Errichtung deſſelben, ſo daß dieſe letztere immer erſt durch Geſchäfte unter Lebenden vor ſich geht. So verhält es ſich namentlich in den Fällen, wo der Uſusfruct an einer Quantität fungibler Sachen z. B. an einer Geldſumme vermacht iſt, ohne daß einige Geldſtücke des Teſtators als das Object des Legats

k) L. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6, 61.

l) Die Litteraturnachweiſungen ſiehe Marezoll, Gießer Zeitſchrift Bd. 8 S. 261 f. und S. 363.

m) L. 1, l. 2, L. 5 de usufr. earum rerum 7, 5. In den Inſtitutionen [§ 2 de usufr. II, 4] wird der Inhalt freilich allgemeiner dahin angegeben „posse usumfructum *constitui*“, aber der darauf folgende Zuſatz. „ut tamen eo nomine utiliter *heredi* caveatur“, beweißt ſchon, daß auch hier nur an eine Errichtung durch letztwillige Verfügung gedacht wurde, da der, welcher die Caution fordern ſoll, als heres bezeichnet wird.

individuell bezeichnet sind[n]); in solchem Falle kann natürlich nicht alsbald eine unmittelbare dingliche Klage zur Geltendmachung des Quasiusufructs angestellt werden, sondern der Legatar wird nur auf Grund des Testaments vom Erben die Beschaffung und Auszahlung der Summe mit einer persönlichen Klage fordern können und erst mit dieser Auszahlung wird der Quasiusufruct constituirt sein. Daß die Dispositionen, welche man über seine Sache treffen kann, wenn sie durch ein Testament vorgeschrieben sind, nicht auch aus freien Stücken vorgenommen werden können, das wäre eine Anomalie im Rechte, die ohne Gleichen wäre.

Was nun die einzelnen zur Errichtung eines Quasiusufructs geeigneten Geschäfte anbetrifft, so gehört dahin zunächst, wie schon aus dem Obigen hervorgeht und durch viele Quellenzeugnisse bewiesen wird, die letztwillige Verfügung, welche aber über eine eigene individuell bestimmte Sache des Testators geschehen muß, wenn sie unmittelbar den Quasiusufruct erzeugen soll[o]). Wenn Geschäfte unter Lebenden, sei es auf Grund testamentarischer Anordnungen oder in Folge freiwilligen Uebereinkommens der Parteien denselben herstellen sollen, so wird es nach der einen Seite hin niemals, wie beim wahren Ususfruct, der in iure cessio bedurft haben, und dagegen genügt nach der andern Seite hin jetzt auch nicht, wie bei jenem, der bloße Vertrag, sondern es muß die Tradition der quasiusufructuarischen Sache hinzutreten, welche aus dem auf den Quasi-

n) Wie z. B. in l. 6, l. 8 de usufr. earum rerum 7, 5.

o) Bis zur Cautionsleistung ist freilich auch in diesem Falle die Befugniß des Quasiusufructuars suspendirt, und bis dahin steht dem Cautionsberechtigten die fragliche Sache zu; aber die Cautionsleistung genügt doch, um das Eigenthum des Quasiusufructuars in volle Kraft zu setzen. Durch die Suspension des usufructuarischen Rechts bis zur Cautionsleistung erklärt es sich, daß z. B. in dem Fall der l. 1 § 17 ut legator., wo an individuell bezeichneten Münzen dem Einen der Quasiususfruct, dem Andern das Eigenthum unbeschränkt legirt war, doch der Letztere alsbald vom Erben, wenn er diesen dafür cavirt hat, daß er die Anforderung des Quasiusufructuars befriedigen will, die ganze Summe vindiciren kann, während doch der Quasiususfruct sein Eigenthum wenigstens für die Hälfte aufhebt [vgl. l. 19 de usu leg. 33, 2; siehe unten § 65].

uſusfruct gerichteten Willen der Parteien einen genügenden Rechtstitel entnimmt. Daneben bedarf es jedoch keines Actes, um die Verpflichtung des Empfängers zur Cautionsleiſtung zu erzeugen, indem ſie ſchon durch das Hingeben und Empfangen der Sache entſteht. Denn da dieſes nur unter der beiderſeitigen Vorausſetzung geſchieht, daß der Empfänger als Gegenleiſtung die Caution beſtelle, welche dem ganzen Verhältniß erſt den Charakter des beabſichtigten Quaſiuſusfructs verleiht, ſo liegt darin ein „dare, ut facias“ und kann als die einſeitige Erfüllung eines Innominatcontracts aufgefaßt werden, welche dem Leiſtenden eine Klage auf die Gegenleiſtung verſchafft.

Außerdem entſteht der Quaſiuſusfruct in gleicher Weiſe, wie der wahre Uſusfruct, durch geſetzliche Vorſchrift, indem die betreffenden Geſetze überall von Anfang an ebenſo für verbrauchbare, als für unverbrauchbare Sachen gegeben ſind[p]). Ferner kann er durch Eid in einem gerichtlichen Verfahren, und was dem gleich ſteht, durch rechtskräftiges Urtheil hervorgerufen werden, da beides ſowohl zum Eigenthumserwerb als zur Erzeugung der Cautionspflicht geeignet ſein kann[q]). Dagegen kann derſelbe nicht auf dem Wege der Acquiſitivverjährung entſtehen, da ja, wenn auch das Eigenthum an den verbrauchbaren Sachen erſeſſen werden kann, doch nicht eine Verpflichtung durch Verjährung entſtehen kann. Hat jemand daher eine verbrauchbare Sache in geeigneter Weiſe die für die Eigenthumserſitzung nöthige Zeit hindurch auf Grund eines angeblichen Quaſiuſusfructs daran beſeſſen, ſo hat er unwiderrufliches Eigenthum erſeſſen, und eine Reſtitutionspflicht wird ihm ſo wenig obliegen, wie gegen den, welcher eine Sache etwa auf Grund eines angeblichen Tauſches erſeſſen hat, und noch die Gegenleiſtung zu ſchulden glaubt, ſchon deßhalb ein Anſpruch auf dieſe Gegenleiſtung erhoben werden kann. Iſt ein wahrer Uſusfruct durch Verjährung entſtanden, ſo haben wir allerdings für den Uſufructuar oben [§ 56 S. 559] die Verpflichtung zur Cautionsleiſtung anerkennen müſſen, aber nur weil der Prätor dieſe mit jedem wahren Uſusfruct verbunden hat. Mit jedem Eigenthum an verbrauchbaren Sachen — und das iſt durch die Erſitzung

p) Vgl. oben S. 582.

q) L. 11 § 2 de iure iurando 12, 2.

erworben — kann aber keine derartige Verpflichtung verbunden ſein, und der bloße Glaube des Eigenthümers, verpflichtet zu ſein, kann dieſelbe nicht erzeugen.

Gehen wir dann zu der Frage über, in welcher Weiſe der Quaſiuſufructuar zur Leiſtung der ihm obliegenden Caution genöthigt werden kann, ſo begegnen wir hier wieder alle den Mitteln, welche beim wahren Uſusfruct zur Realiſirung der Cautionspflicht gegeben ſind; indirect wirkt der Satz dahin, daß der Quaſiuſufructuar nicht eher die Herausgabe der Sache fordern kann, als bis er genügend cavirt hat[r]), — ein Satz, der ſich hier nur als die ſpecielle Form der allgemeinen Regel darſtellt, daß niemand eher Befriedigung eines Anſpruchs von einem Andern erwarten kann, als bis er ſelbſt dieſem geleiſtet hat, was er ihm aus einem connexen Grunde ſchuldet. Kommt der Quaſiuſufructuar in den Beſitz der fraglichen Sache, ſo wird der Cautionsberechtigte ſie vindiciren können, ohne daß der Quaſiuſusfruct ihm entgegengehalten werden kann; iſt die Vindication in ſolchem Falle dadurch unmöglich geworden, daß die Sache bereits vom Quaſiuſufructuar conſumirt iſt (dem die Vermiſchung des quaſiuſufructuariſchen Geldes mit dem eigenen Gelde gleich ſteht), ſo wird mit der condictio sine causa, oder unter Umſtänden mit der condictio indebiti die Summe zurückgefordert werden können, um welche das Vermögen des Quaſiuſufructuars durch dieſen Verbrauch bereichert iſt. Hat ferner der Cautionsberechtigte ſelbſt das Eigenthum an den Quaſiuſufructuar übertragen, ehe die Caution beſtellt wurde, ſo daß er die Vindication um deßwillen nicht mehr benutzen kann, ſo kann er eine condictio causa data causa non secuta anſtellen auf Rückſtattung der einſeitig in der Erwartung, daß der Empfänger die Cautio beſtellen werde, gemachten Leiſtung. Gegen die ſofortige Anwendbarkeit dieſer Condictionen ſcheint zwar die l. 5 § 1 de usufr. earum rerum zu ſprechen, da hier eine Condiction auf das

r) Arg. leg. 5 § 1, leg. 8 de usufr. earum rerum 7, 5; arg. leg. 24 de usufr. leg. 33, 2; l. 6 ut in possess. leg. 36, 4; l. 1 C. de usufr. 3, 33. Ulpian berichtet freilich in l. 10 § 1 de usufr. earum rerum, daß Einige der Anſicht geweſen ſeien, die Caution brauche erſt nach Empfang der Sache beſtellt zu werden, aber er erklärt auch, daß er dieſe Anſicht nicht theile.

zum Quaſiuſusfruct gegebene Geld nur für den Fall anerkannt wird, wenn der Quaſiuſufructuar vorher geſtorben iſt, und der ganze Zuſammenhang ſcheint darauf hinzudeuten, als ob dies eine nothwendige Vorausſetzung ſei, und bis dahin nur die Caution condicirt werden könne. Allein dieſe Stelle ſetzt voraus, daß der Quaſiuſusfruct in Folge eines Legats beſtellt iſt, und da muß allerdings, ſo lange nicht durch Tod oder capitis deminutio des Legatars die Bedenkung ungültig geworden iſt, der Legatar die obigen Condictionen durch nachträgliches Anbieten der Caution vereiteln können, indem er dann auf Grund des Teſtaments einen gültigen Anſpruch an die condicirte Sache machen kann. Da nun der Quaſiuſufructuar wohl immer die Cautionsleiſtung der ſofortigen Rückzahlung vorziehen wird, und demnach, ſo lange die Zeit für den Quaſiuſusfruct nicht abgelaufen iſt, die Condiction des Geldes immer nur eine Veranlaſſung zur Cautionsleiſtung werden wird, ſo konnte Ulpian in der obigen Stelle mit Recht die eigentliche Wirkſamkeit der Condictionen des hingegebenen Geldes erſt nach Beendigung des Quaſiuſusfructs beginnen laſſen. Wo aber die Hingabe nicht auf Grund eines Legats, ſondern in Folge freiwilliger Verabredungen und alſo nur auf Grund eines Innominatcontraktes erfolgt iſt, da wird der Cautionsberechtigte, ſo lange ihm die Caution nicht beſtellt iſt, ſein Neurecht haben geltend machen können, und deßhalb wird dann die condictio causa data causa non secuta nicht mehr durch das nachträgliche Anerbieten, Caution zu ſtellen, ausgeſchloſſen worden ſein.

Neben dieſen indirecten Mitteln zur Erzielung der Cautionsleiſtung kann direct auf dieſelbe nur geklagt werden, wenn, wie wir im § 56 S. 564 bereits ausführten, in dem Hingeben der Sache ohne Caution die Eingehung eines Innominatcontrakts gefunden werden kann. In l. 9 § 4 ad exhibendum 10, 4 und l. 1 § 17 ut legator. 36, 3 wird zwar noch für einen Fall eine actio in factum gegen den Quaſiuſufructuar gegeben, ohne daß geſagt wird, ob ſie auf die Cautionsleiſtung oder auf die hingegebene Sache geht, — allein alle Umſtände möchten auf das Letztere deuten. Die in beiden Stellen (und zwar in letzterer von Marcellus, in erſterer von Ulpian mit Berufung auf Marcellus) gegebene Entſcheidung iſt folgende: An zehn individuell bezeichneten Münzen war dem A. ein

Quaſiuſusfruct unbedingt, dem B. das Eigenthum bedingt legirt. Der Erbe bezahlt dem Quaſiuſufructuar alsbald die ganze Summe aus, ohne Caution von ihm zu verlangen; ſpäter tritt die Bedingung ein, und das Legat des B. wird damit wirkſam. Dieſes gewährt ihm einen doppelten Anſpruch; vermöge der Interpretationsregel nämlich, daß, wo neben dem Legat des Uſusfructs das Legat des unbeſchränkten Eigenthums an derſelben Sache vermacht iſt, beide Legatare hinſichtlich der Nutzungsbefugniſſe concurriren, und daher der Uſusfruct nur die halbe Sache ergreift*), tritt das Eigenthumslegat an der Hälfte jener Summe alsbald in Kraft, und er kann daher die Herausgabe von fünf ſofort verlangen; der andern fünf halber aber muß ihm die quaſiuſufructuariſche Caution geleiſtet werden. Hätte er ſich nun alsbald nach der Teſtamentsöffnung, wie er das ja konnte, vom Erben die cautio legatorum servandorum causa beſtellen laſſen, ſo könnte er ſich mit ſeinem ganzen Anſpruch an den Erben halten, und dieſer könnte dann mit ſeinen Condictionen das Geld ſeiner Zeit vom A. zurückfordern. Hat ſich aber B. jene Caution nicht beſtellen laſſen, und kann er mit ſeiner Eigenthumsklage dem A. gegenüber auch nicht durchlangen, weil dieſer die Münzen bereits mit andern vermiſcht hat, ſo ſoll ihm die actio ad exhibendum gegen den Erben zuſtehen, da dieſer durch ſein Verſchulden es dahin gebracht hat, daß er dem A. gegenüber ohne Hülfe iſt; denn indem der Erbe die Sache ohne Caution an den B. gab, gehorchte er nicht etwa der teſtamentariſchen Verfügung, welche den Quaſiuſusfruct ſchuf, ſondern er nahm eine unſtatthafte Veräußerung einer bedingt legirten Sache vor und gehört daher zu denen, qui dolo malo desunt possidere. Nach der neuern Entwicklung des Legatenrechts würde er auch noch mit einer perſönlichen Legatenklage belangt werden können. Da aber, wo der Erbe ausnahmsweiſe ganz ohne Schuld iſt, indem er z. B. nichts von dem eventuellen Legat des Eigenthums wußte, und wo deßhalb auf ſeinen dolus oder ſeine culpa keine Klage gegen ihn geſtützt werden kann, da ſoll dem B, — und das iſt der Fall, um deſſentwillen wir hier dieſe Stellen beſprechen — gegen den Quaſiuſufructuar Hülfe gegeben werden und

*) L. 19 de usu leg. 33, 2; ſiehe unten § 65.

zwar, wie die l. 9 § 4 ad exhib. allein ausdrücklich ſagt, mit einer actio in factum.

Ginge dieſe hier nur ausnahmsweiſe zugelaſſene Klage auf Leiſtung der Caution, ſo wird man vergebens nach einem Rechtsgrund ſuchen, der ſie von der Frage abhängig macht, ob der Cautionsberechtigte von einem Andern Entſchädigung beanſpruchen kann, oder nicht, während ſich eine ſolche Abhängigkeit wohl rechtfertigen läßt, wenn ſie nur das Geld wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Beklagten auf Koſten des Klägers zurückfordern will. Denn dieſer Klaggrund iſt da nicht vorhanden, wo der Eigenthumslegatar einem ſolventen Dritten gegenüber einen klagbaren Anſpruch auf volle Entſchädigung hat und demnach ſein Vermögen dem Erfolg nach durch die Bereicherung des Verklagten gar nicht verkleinert iſt. Auf dieſe Weiſe läßt es ſich durchaus rechtfertigen, daß unſere beiden Juriſten eine Klage gegen den Quaſiuſufructuar erſt zulaſſen, wenn vom Erben keine Entſchädigung zu erreichen iſt, ſobald nur dieſe Klage auf die Bereicherung und nicht auf die Cautionsleiſtung geht. Zweifel können dann nur deßhalb entſtehen, warum es zur Einforderung der Bereicherung einer eigenen actio in factum bedarf, und warum nicht die gewöhnliche condictio sine causa erhoben werden kann. Allein gegen die unmittelbare Anwendung der letztern mochte der Umſtand ſprechen, daß die legirten Münzen niemals zum Vermögen des Klägers gehört haben, indem das Eigenthum daran, als ſie dem Quaſiuſufructuar übergeben wurden, dem Erben zuſtand, wenn gleich es bereits von einer Reſolutivbedingung bedroht war; als aber dieſe eintrat und nun das bedingte Legat ſo in Kraft treten ſollte, als ob es von Anfang an gegolten hätte, exiſtirte das Object nicht mehr, da die individuellen Münzen nicht mehr zu erkennen waren, und ſo konnten Zweifel entſtehen, ob ſtrenge genommen den Vorausſetzungen der Condiction genügt werden könne. Da aber nach dem wahren Sinne des Rechts auch hier eine unrechtmäßige Bereicherung vorliegt, welche nach der Billigkeit, wie ſie auf dieſem Gebiete zur Herrſchaft gelangt iſt, verhindert werden muß, ſo zweifelten die Juriſten nicht, daß hier doch dem Eigenthumslegatar geholfen werden müſſe, und ſchufen eine actio in factum unmittelbar nach dem Vorbild der condictio sine causa. Dieſe Auffaſſung wird auch

noch dadurch unterſtützt, daß Javolen in l. 10 de praescript. verb. 19, 4 in einem ähnlichen Fall, wo eine Summe direct an den Quaſiuſufructuar gekommen war, ohne daß er Caution beſtellt hatte, dem Cautionsberechtigten, zu deſſen Vermögen jenes Geld noch nicht gehört hatte, eine actio in factum giebt, die, wie hier ausdrücklich geſagt wird, das Geld ſelbſt zurückfordern ſoll. Demnach glauben wir nachgewieſen zu haben, wie die Schlußſätze der l. 9 § 4 ad exhibend. und der l. 1 § 17 ut legator. unſere obige Behauptung nicht zu alteriren vermögen, wonach nur unter den beſondern Vorausſetzungen eines Innominatcontrakts eine Klage auf die Leiſtung der Caution angeſtellt werden kann.

Während hinſichtlich der Art und Weiſe, wie die Cautionsbeſtellung erzwungen wird, völlige Uebereinſtimmung zwiſchen dem wahren und dem Quaſiuſusfruct ſtatt findet, unterſcheidet ſie ſich aber dadurch, daß bei Letzterem mit der einmaligen Leiſtung der Caution die Cautionslaſt für immer erloſchen iſt, und weder den etwaigen Singularſucceſſoren des Cautionsberechtigten gegenüber eine neue Caution beſtellt zu werden, noch dieſelbe von Singularſucceſſoren des Quaſiuſufructuars wiederholt zu werden braucht. Der Grund liegt darin, daß zwiſchen dem Cautionsberechtigten und dem cautionspflichtigen Uſufructuar, wenn einmal der Quaſiuſusfruct conſtituirt iſt, nicht mehr eine Sache in der Weiſe gemeinſam iſt, daß jeder daran gewiſſe dingliche Rechte hat, die er an Dritte veräußern kann, wo dann die Cautionsberechtigung beziehungsweiſe die Cautionslaſt als Acceſſorium folgt; ſondern daß das ganze Band zwiſchen Beiden nur und allein in der Obligation beſteht, die aus der bereits geleiſteten Caution hervorgeht, und Dritte daher nur in derſelben beſchränkten Weiſe und unter denſelben Formen in dies Verhältniß eintreten können, wie in jedes andere Obligationsverhältniß. Wollte daher der Cautionsberechtigte, deſſen Stellung mit der des Eigenthümers im wahren Uſusfruct correſpondirt, ſein Recht einem Dritten übertragen, ſo kann er nur ſein aus der Caution erworbenes Forderungsrecht cediren, welches auf den Ceſſionar ganz übergeht, wie es ſeither bei jenem war, und ohne daß dieſer daher vom Quaſiuſufructuar Beſtellung einer neuen Caution, die ihm ein eigenes Recht verſchaffte, verlangen kann. Auf der andern Seite beruht die

Rolle des Quaſiuſufructuars nur auf der übernommenen Verpflichtung und ſteht durchaus nicht mehr mit der quaſiuſufructuariſchen Sache in Zuſammenhang, ſo daß die Veräußerung dieſe ſeine Stellung durchaus nicht ändert. Will ein Anderer die von ihm durch die Caution übernommene Verpflichtung ſtatt ſeiner übernehmen, ſo bedarf es der Zuſtimmung des Cautionsberechtigten, wie bei jeder andern Delegation.

Was die Beendigungsgründe des Quaſiuſusfructs betrifft, ſo ſind ſie grade vor Allem das Charakteriſtiſche, welches man bei Ausbildung dieſes Inſtituts dem wahren Uſusfruct nachbilden wollte, und um derentwillen der ganze Quaſiuſusfruct geſchaffen wurde. Er endet, d. h. das Rückforderungsrecht des Cautionsberechtigten kann geltend gemacht werden, beim Tode oder bei einer Capitis Deminution des Quaſiuſufructuars, und ebenſo nach Ablauf der Zeit, wenn eine beſtimmte Dauer verabredet war. In l. 9 und l. 10 pr. de usufr. earum rerum, ſowie in l. 7 § 1 usufructuar. quemadm. caveat. 7, 9 heißt es freilich, daß nur in jenen beiden erſtern Fällen der Quaſiuſusfruct erlöſche; doch wird der Juriſt dort nur den regelmäßigen Fall im Auge gehabt haben, wo der Quaſiuſusfruct ohne alle Nebenbeſtimmung conſtituirt iſt. Iſt eine Zeit verabredet, ſo iſt kein Grund vorhanden, warum dieſe nicht wie bei allen andern Obligationen eingehalten werden ſoll. Da der Quaſiuſufructuar nicht eine beſtimmte Species, ſondern nur ein oder mehrere Stücke aus einem ganzen Genus ſchuldet, und der Grundſatz gilt, genus non perit, ſo ſind die Gründe, welche in Folge des Untergangs oder größerer Veränderungen der uſufructuariſchen Sache den wahren Uſusfruct aufheben, hier unanwendbar.

Einer eingehenden Beſprechung bedarf noch die Frage, wo die Grenzen zwiſchen dem wahren Uſusfruct und dem Quaſiuſusfruct liegen. Als erſte Grundregel wird man da aufſtellen müſſen, daß der ausgeſprochene Wille der Conſtituenten an jeder Sache einen Quaſiuſusfruct und an jeder einen wahren Uſusfruct ſchaffen kann. Namentlich der letztere Satz ſcheint zwar in argem Contraſt zu ſtehen mit der im Anfang dieſes Paragraphen allegirten l. 2 § 1 de usufr. earum rerum, wonach Gaius einen wahren Uſusfruct an Geld als unvereinbar mit der naturalis ratio darſtellt, ſo daß

auch die Auctorität des Senats ſolchen nicht habe ſchaffen können. Allein wir müſſen uns daran erinnern, daß ususfructus vorherrſchend die Perſonalſervitut bezeichnet, welche einen unbeſchränkten Anſpruch auf ſämmtliche im Eigenthum regelmäßig enthaltene Nutzungen gewährt, und in dieſem Sinne kann allerdings an manchen Sachen kein wahrer Uſusfruct beſtehen, — daneben aber kann der Wille der Conſtituenten die Art und Weiſe der Benutzung mannigfach beſchränken und etwa eine ſolche vorſchreiben, wie ſie regelmäßig mit dieſer Sache nicht eingehalten wird, und auch ein derartiges Verhältniß wird Uſusfruct genannt [vgl. § 20 S. 185] und wird an jeder Art von Sachen möglich ſein. Denn für jede wird unter beſondern Umſtänden möglicher Weiſe eine Benutzungsart aufgefunden werden können, welche ſie nicht verbraucht, und welche doch Einzelnen erſprießlich ſein kann. So z. B. kann man ſich ſelbſt bei den am meiſten conſumtibeln Gelde leicht Fälle denken, wo man nicht durch Ausgeben; ſondern durch Zurſchauſtellen Nutzen daraus zieht, und daher kann beiſpielshalber einem Geldwechſler ein wahrer beſchränkter Uſusfruct an einer Geldſumme vermacht werden, damit er ſie, wie das an manchen Orten üblich iſt, an ſeinem Schaufenſter ausſtelle. Aehnliche Fälle laſſen ſich für Speiſen und ſonſtige Conſumtibilien auffinden. Dagegen kann es nach der andern Seite ausnahmweiſe dem Eigenthümer einer ſpeciellen Sache, welche in Folge des vollſtändigen regelmäßigen Gebrauchs gar keine oder doch nur eine geringe Veränderung erleidet, einerlei ſein, ob er ſie ſelbſt oder eine andere von gleicher Qualität zurückerhält, und deßhalb kann es dem Uſufructuar von den Conſtituenten geſtattet ſein, ſtatt der hingegebenen Sache ſeiner Zeit eine andere gleicher Art zu reſtituiren, — ſo daß ſogar an Grundſtücken u. ſ. w. ein Quaſiuſusfruct entſteht. Ferner kann die Hingabe beſtimmter Sachen in der Art geſchehen, daß ihr jetziger Werth geſchätzt wird, und nach Beendigung des Uſusfructs die Schätzungsſumme reſtituirt werden ſoll [1]). Während

1) L. 7 de usufr. earum rerum 7, 5. So wird auch häufig das Verhältniß ſein, wenn ein ususfructus omnium bonorum legirt iſt. Denn da der Uſufructuar dann nur ein Recht auf das Vermögen erhält, welches nach Zahlung der Erbſchaftsſchulden verbleibt (ſiehe unten), er ferner auch oft die

ein ſolches Verhältniß ſtrenge genommen ein reiner Quaſiuſusfruct an der Geldſumme iſt, der ſich nur dadurch auszeichnet, daß er auf ähnliche Weiſe, wie durch Hingeben einer ſpeciellen Sache ein Darlehen an der Kaufſumme entſtehen kann[u]), ebenfalls nicht durch Hingeben der quaſiuſufructuariſchen Sache, des Geldes, ſondern eines Surrogats dafür, der geſchätzten Sache, entſteht, ſo wird dagegen ein gemiſchtes Verhältniß entſtehen, wenn dem Uſufructuar die Befugniß zugeſtanden wird, daß er bei Beendigung des Uſusfructs die Wahl haben ſoll, ob er die Sache ſelbſt reſtituiren will, oder ſtatt deſſen die ſchon Anfangs feſtgeſtellte Schätzungsſumme, ſo daß es alſo von ſeiner künftigen Entſcheidung abhängt, ob er einen Uſusfruct oder einen Quaſiuſusfruct gehabt hat. Auch dies iſt eine Rechtsbildung, wie ſie in der Machtvollkommenheit der Conſtituenten liegt.

Wo dieſe nun aber die Benutzungsweiſe nicht beſchränken wollen, ſondern den Uſusfruct als den Inbegriff der geſammten, regelmäßigen Eigenthumsnutzung verleihen, da kommt es, um zu beſtimmen, ob ein Uſusfruct oder ein Quaſiuſusfruct entſteht, darauf an, ob die fragliche Sache durch die regelmäßige, ihrem Zwecke entſprechende Benutzung in ihrer Exiſtenz vernichtet oder weſentlich umgeſtaltet werde, oder nicht. Dieſe Frage entſcheidet ſich leicht bei einer Reihe von Sachen, wo jeder regelmäßige Gebrauch ſchon dieſen Erfolg

---

Falcidiſche Quart dem Erben überlaſſen muß [l. 29 de usufr.], ſo wird, wenn anders nicht ſchon der Erbe die ganze Maſſe zum Zweck der Regulirung verkauft und dem Uſufructuar nur den nach den obigen Abzügen verbliebenen Ueberſchuß der Kaufſumme herausgegeben hat, wo von vorne herein ein Geldususfruct entſteht [wie in dem Fall der l. 10 de praescript. verb. 19, 4], der Uſufructuar ſchon um deßwillen die Maſſe in baares Geld verwandeln müſſen, um ſich ſpäter mit dem Erben auseinanderſetzen zu können. Ebenſo iſt auch der Uſusfruct der mater bimuba an den lucra nuptialia ihres Mannes erſter Ehe, ſoweit dieſe in beweglichen Sachen beſtehen, ein Quaſiuſusfruct, da ſie nach Verordnungen von Leo und Anthemius [l. 6 § 1 C. de sec. nupt. 5, 9] den Werth, welchen die Sachen zur Zeit des Beginns des Uſusfructs hatte, reſtituiren muß. Vgl. oben § 57 S. 576.

u) L. 34 pr. mandati 17, 1.

erreicht, wie z. B. bei allen Lebensmitteln[v]), die ihren Zweck als ſolche durchaus nicht erfüllen können, ohne alsbald ihre Exiſtenz zu verlieren, bei Rohſtoffen, die verarbeitet werden müſſen, wenn ſie ihre regelmäßige Beſtimmung erfüllen ſollen, wie Wolle[w]), und endlich beim Gelde[x]), das zwar durch den Gebrauch, und ſelbſt durch einen lange fortgeſetzten objectiv nicht aufhört zu exiſtiren, das aber doch für den Gebrauchenden nothwendig verloren geht und alsbald unerreichbar wird. Bei allen dieſen Sachen wird immer für den Quaſiuſusfruct zu vermuthen ſein. Zweifel entſtehen nur bei ſolchen, welche einen einmaligen, kurzen Gebrauch allenfalls vertragen, ohne in ihrer Exiſtenz gefährdet zu werden, welche aber durch ſolchen jedesmal ſo verſchlechtert werden, daß eine längere Dauer, oder öftere Wiederholung des Gebrauchs ſie ganz zu vernichten vermag. Wollten hier die Conſtituenten den wahren Uſusfruct, ſo daß es von der längeren oder kürzeren Dauer deſſelben abhängen ſoll, ob der Eigenthümer noch irgend welchen Nutzen aus ſeinem Eigenthum zu ziehen vermag, oder wollten ſie den Quaſiuſusfruct, ſo daß ihm immer eine gleiche Sache reſtituirt werden muß und von der längern oder kürzern Dauer des Verhältniſſes nur abhängt, ob er ſie früher oder ſpäter fordern kann? Es liegt auf der Hand, wie ſich eine allgemeine Regel für die Beantwortung dieſer Frage nicht geben läßt, ſondern wie aus den jedesmaligen Umſtänden und der beſondern Beſchaffenheit der fraglichen Sache auf den Willen der Conſtituenten geſchloſſen werden muß. Unſere Jurisprudenz hat dieſe Frage mit großer Lebhaftigkeit ſeit Jahrhunderten in Beziehung auf den Uſusfruct an Kleidern discutirt[y]), und trotz eines angeblichen Widerſpruchs der Quellen nach einem überall anwendbaren Princip geſucht. Ulpian erkennt nämlich in l. 9 § 3 usufr. quemadm. cav. einen wahren Uſusfruct an Kleidern an, und ebenſo in l. 15 § 4

v) Ulp. Fragm. tit. 24 § 27; § 2 J. de usufr. II, 4; l. 7 de usufr. ear. rerum.

w) L. 11 de usufr. ear. rer.

x) L. 5, l. 8 daſelbſt, l. 7 § 1 usufr. quemadmod. u. a. a. O.

y) Vergl. die umfangreichen Litteraturnachweiſungen hierüber in Glück's Commentar Bd. 9 S. 392—404.

de usufr., wo er aber ſchon darauf hindeutet, wie auch ein Quaſiususfruct daran möglich ſei, indem er ſagt: Si vestimentorum ususfructus legatus sit non sic, ut[a]) quantitatis ususfructus legetur, dicendum est u. ſ. w., ſo daß er alſo unter Umſtänden in den Ususfruct an Kleidern auch einen ususfructus quantitatis, d. h. im Gegenſatz zum ususfructus speciei, einen Quaſiususfruct erkennen wird. Juſtinian nennt dagegen vestimenta ſchlechtweg neben vinum, oleum, frumentum als Sachen, quae ipso usu consumuntur, und an denen nur ein Quaſiususfruct beſtehen könne. Wenn nun dieſe Auffaſſung der Kleider, in der manche Juriſten eine bewußte Aenderung des früheren Rechts auf dem Wege der Geſetzgebung haben erkennen wollen, keineswegs überall zutrifft, und wir die Compilatoren von einer wenigſtens ungenauen Ausdrucksweiſe nicht freiſprechen können, ſo beweißt ſie doch, was ohnehin feſtſtehen ſollte, daß bei Kleidungsſtücken jede der beiden Gattungen des Ususfructs möglicher Weiſe in der Anſicht der Conſtituenten liegen kann, und ſo gut Ulpian bei einigen Arten von Kleidern Recht hat, wenn er ohne Weiteres für einen wahren Ususfruct vermuthet, ſo gut hat Juſtinian bei andern Recht, wenn er daran nur einen Quaſiususfruct zulaſſen will. Ein Beiſpiel aus unſerer Zeit mag das veranſchaulichen; wird ein Ususfruct an einem beſonders ſchönen Zobelpelz beſtellt, wie er mehrere Generationen hindurch brauchbar ſein kann, ſo wird jedermann einverſtanden ſein, daß das ein wahrer Ususfruct ſein ſoll, — wird dagegen an mehreren Dutzend weißer Glaceehandſchuhe ein Ususfruct beſtellt, ſo iſt er unzweifelhaft ein Quaſiususfruct. Doch nicht in allen Fällen iſt das Richtige ſo leicht zu finden, und es bedarf dann häufig eines großen juriſtiſchen Taktes, um eine gerechte Entſcheidung zu treffen. Allgemeine Kategorieen, wie ſie die ältern Juriſten häufig aufſtellten, indem ſie an Feiertagskleidern einen wahren Ususfruct, an Werktagskleidern einen Quaſiususfruct

a) Die gewöhnliche Lesart iſt: . . legatus sit non sicut quantitatis u. ſ. w. Die obige, die durch manche Manuſcripte unterſtützt wird, iſt zuerſt vorgeſchlagen von Chriſtian Wächtler in ſeinen Notae ad Gerardi Noodt Probabil. Wittenbergae 1681. Für dieſelbe ſpricht ſchon die beſſere Latinität.

gelten laſſen wollten, ſchlagen hier durchaus nicht durch und vermögen für die Entſcheidung allein keinen Anhalt zu gewähren. Nur in Verbindung mit einer Reihe von andern Momenten darf man ſie in Betracht ziehen.

Wir haben ſeither nur vom Quaſiusfruct an einzelnen körperlichen Sachen geſprochen, der dem wahren Uſusfruct noch am nächſten verwandt iſt. Aber dabei iſt die Rechtsbildung nicht ſtehen geblieben, ſondern ſie hat das Inſtitut auch auf die res incorporales analog ausgedehnt, und es damit noch weiter vom Boden des Servitutenrechts entfernt. Die Veranlaſſung dazu lag ſchon in dem oft erwähnten Senatusconſult, welches einen ususfructus omnium rerum conſtituirte, quae in cuiusque patrimonio esse constaret. Nerva wollte noch die nomina dieſen res nicht zugerechnet haben und höchſtens einen Uſusfruct an der Forderung zu Gunſten des Schuldners ſelbſt zulaſſen, ſo daß dieſem nach Beſtellung der Caution die Zinſen erlaſſen würden [aa]), allein Caſſius und Proculus gingen weiter und ließen auch zu Gunſten Dritter einen Uſusfruct an der Forderung zu [bb]), und dieſe Anſicht erlangte unbeſtrittene Geltung. Zu dieſem Reſultat wurde das Recht um ſo mehr gedrängt, als bei der Erbrechtsgeſetzgebung der erſten Kaiſerzeit das Beſtreben häufig geweſen zu ſein ſcheint, durch teſtamentariſche Verfügung jemanden die lebenslängliche Benutzung eines ganzen Vermögens oder einer Quote desſelben zuzuwenden, und grade dieſes Streben hat wahrſcheinlich, wie wir zeigten, vor Allem gewirkt, um jenes Senatusconſult hervorzurufen, welches den Quaſiuſusfruct ſchuf. Dadurch aber, daß

---

aa) Er mochte in dieſem Falle die Zahlung der geſchuldeten Summe an den Gläubiger und die ſofortige Rückzahlung derſelben an den ſeitherigen Schuldner zum Zwecke der Uſusfructbeſtellung fingiren wollen, wie dies fingirt wurde, wenn eine ſeither aus einem andern Grunde geſchuldete Summe fortan als Darlehen geſchuldet werden ſollte vgl. l. 15 de reb. cred. 12, 1. Steinberger in der Gießer Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Bd. XI. S. 168.

bb) L. 3 et 4 de usufr. earum rerum 7, 6.

die Benutzung der körperlichen Sachen, ohne Rückſicht darauf, ob ſie conſumtibel waren, oder nicht, legirt werden konnte, war jenes nur unvollſtändig erreicht. Es war einer Seits eine Härte gegen den Erben [wie ſie nicht in der Abſicht des Teſtators lag], wenn er, dem die Nutzung der Erbſchaft für lange Zeit entzogen war, allein die Schulden des Teſtators hätte tragen ſollen und ſelbige, ſo lange der Uſusfruct dauerte, nicht aus der Maſſe hätte befriedigen dürfen. Obiges Streben führte daher in dieſer Beziehung zu Aufſtellung des Satzes, daß wo ein ususfructus omnium bonorum cc), oder wie er auch heißt, ein ususfructus bonorum durch Teſtament errichtet war, die Schulden aus dem Erbſchaftsvermögen zu tilgen ſeien, — ein Satz, den Pomponius in l. 69 ad leg. Falcid. 35, 2 mit den Worten rechtfertigt; quoniam post Senatusconsultum nulla res est, quae non cadit in ususfructus legatum, — alſo als ob nunmehr auch der Schuldner einen Uſusfruct an ſeiner Schuld beſtellen könne. Auf der andern Seite beſtand aber auch ſchon damals dies Vermögen meiſten Theils ſo vorherrſchend in ausſtehenden Kapitalien, daß man nicht zugeſtehen konnte, jemand habe die Nutznießung des geſammten Vermögens, wenn ihm nicht auch Vortheile, welche aus dieſen ausſtehenden Kapitalien hervorgingen, zugewandt werden konnten, und hatte man daher, durch das oben erwähnte Streben geleitet, erſt die Form gefunden, unter welcher die zeitweilige Ueberlaſſung der Vortheile der in der Erbſchaft befindlichen Forderungen ermöglicht war, ſo war kein Grund vorhanden, um nicht auch ein derartiges Verhältniß an einer einzelnen Forderung ohne Rückſicht auf die Schickſale des übrigen Vermögens zuzulaſſen.

Man nannte daſſelbe ususfructus nominis dd). Aber es liegt auf der Hand, wie weit der Begriff Uſusfruct hiermit über ſeine urſprünglichen Grenzen hinausgegangen iſt, indem er hier nicht mehr ein dingliches Recht an einer körperlichen Sache bezeichnet, ſondern ein Forderungsrecht, welches man für einen andern ſelbſtſtändig eine gewiſſe Zeit hindurch geltend machen darf, und das mit dem eigentlichen Uſusfruct außer der darauf ruhenden Cautions-

cc) L. 29 de usufr. 7, 1.

dd) L. 3 de usufr. ear. rerum.

laſt ee) nur die charakteriſtiſchen Beendigungsarten durch Tod und Capitis Deminution gemein hat. Die Beendigungsart des eigentlichen Uſusfructs, welche eine Folge des Untergangs oder einer weſentlichen Veränderung der uſufructuariſchen Sache iſt, ſcheint hier keine Anwendung gefunden zu haben, indem ſonſt jedesmal mit Erlöſchen der Forderung durch Zahlung oder auch nur durch Novation die uſufructuariſche Berechtigung hätte erlöſchen müſſen, dadurch aber dieſe zu problematiſch und zu ſehr abhängig von der Willkühr des Schuldners geweſen wäre, als wie es eine Nachbildung des dinglichen Uſusfructs ſein durfte, und der ususfructus omnium bonorum dann doch nicht eine lebenslänglich ſichere Nutzung des ganzen Vermögens gegeben hätte, ſondern dieſe mit Rückzahlung der ausſtehenden Kapitalien theilweiſe auf den Erben übergegangen wäre ff). Daher wird in dieſer Beziehung vielmehr die Analogie des Pfandrechts entſcheiden müſſen, und wie ſich das pignus nominis nach geſchehener Zahlung der verpfändeten Schuld in ein Pfandrecht an die gezahlte Sache umwandelt gg), ſo wird auch der ususfructus nominis mit der Tilgung zu einem Uſusfruct an der zurückbezahlten Sache werden, und zwar je nach der Beſchaffenheit der letztern zu einem wahren oder zu einem Quaſiuſusfruct. Was die Entſtehung eines ſolchen ususfructus nominis anbetrifft, ſo unterſcheidet er ſich auch in dieſer Beziehung ſowohl vom Quaſiuſusfruct, als auch, wenigſtens im klaſſiſchen Recht, vom wahren Uſusfruct, da ſchon von jeher der bloße Vertrag überall genügt haben muß, indem, wenn dadurch die völlige Ceſſion einer Schuld, alſo das maius vor ſich gehen kann, derſelbe auch für das minus, für die der Zeit nach beſchränkte und mitunter nur partielle Ceſſion genügen muß.

---

ee) L. 4. daſelbſt; l. 1 C. de usufr. 3, 33.

ff) Wenn daher in l. 1 C. de usufr. geſagt wird, der Uſufructuar des ganzen Vermögens dürfe erſt nach beſtellter Caution vom Erben das eingezahlte Geld verlangen, ſo ſind hierunter nicht bloß die ſeither bezahlten Zinſen für die ausſtehenden Kapitalien zu verſtehen [an denen der Uſufructuar doch nur einen Quaſiuſusfruct, nicht aber ſchon unbeſchränktes Eigenthum erhält, vgl. l. 24 pr. de usufr. leg. 33, 2], ſondern er kann auch die zurückgezahlten Kapitalien vom Erben herausfordern.

gg) L. 13 § 2 de pign. et hypoth. 20, 1.

Eine viel bestrittene Frage dieses Instituts, deren vielseitige Behandlung wir jedoch, da dasselbe schon gar zu entfernt von dem Servitutenrechte liegt, nicht erschöpfend darstellen können, ist die: kann der Usufructuar einer Forderung dieselbe aus eigener Machtvollkommenheit zwangsweise vom Schuldner mit der Klage des ursprünglichen Gläubigers beitreiben, oder hat er nur einen selbstständigen Anspruch auf die zu zahlenden Zinsen? Ausdrücklich ist in den Quellen nur von dem Letztern die Rede[hh]). Ein entschiedener Beweis für die erste Ansicht läßt sich auch nicht, wie man häufig gethan hat, daraus entnehmen, daß der Usufructuar hier auch Caution bestellen muß[ii]); denn wenn er auch da, wo er nur die Zinsen erhält, an denen er ja gleichsam als an den Früchten des Kapitals unwiderrufliches Eigenthum erwirbt, dem eigentlichen Gläubiger gegenüber keinerlei Verpflichtung hat, und daher auch kein Grund wäre, daß er diesem eine Caution bestellt, so ist der Zinsbezug, auch wenn wir ihm das Recht absprechen, die ganze Forderung beizutreiben, doch nicht der einzige mögliche Erfolg seines Rechts, sondern, wie wir eben ausführten, wird er, wenn der Schuldner freiwillig zahlt, an der zurückgezahlten Sache einen Ususfruct erhalten, und könnte daher schon Grund vorhanden sein, um ihn gleich zur Cautionsleistung wegen des etwaigen künftigen wahren oder Quasiusufructs anzuhalten. Wenn daher die Cautionspflicht noch nicht mit Nothwendigkeit darauf hinführt, daß er die usufructuarische Forderung einklagen kann, so spricht doch für diese Befugniß einmal die Analogie des Pfandrechts, die wir hier schon früher benutzen mußten, indem im Falle des pignus nominis der Pfandgläubiger berechtigt ist, die verpfändete Schuld selbständig einzuklagen[kk]), sodann aber auch die Analogie des wahren Usufructs. Denn wie durch diesen der Usufructuar ein Administrationsrecht erwirbt, vermöge dessen er alle Verfügungen treffen kann, welche regelmäßig von einem sorgfältigen Eigenthümer getroffen zu werden pflegen, so wird auch in

hh) L. 3 de usufr. earum rerum 7, 5; l. 24 de usufr. leg. 33, 2; l. 1 C. de usufr. 3, 33.

ii) L. 1 C. cit.

kk) L. 7 C. de hered. vel act. vend. 4, 39.

unſerm Falle der Uſufructuar Alles mit der uſufructuariſchen Sache, der Forderung, vornehmen können, was ein Gläubiger ſelbſt damit zu thun pflegt, und da es die urſprüngliche und faſt die regelmäßige Beſtimmung jeder Forderung iſt, eingeklagt zu werden, ſo muß der Uſufructuar auch dazu berechtigt ſein. Ja noch mehr, es können bei jeder Forderung Momente eintreten, wo es ein unverſtändiger Leichtſinn wäre, wenn der Gläubiger ſie nicht einklagen und durch längere Dauer ihren ganzen Erfolg gefährden wollte; durch die Uſusfructbeſtellung hat ferner der eigentliche Gläubiger, ſo lange der Uſufructuar ſein Recht nicht aufgiebt, die Befugniß zur Anſtellung der Klage verloren, und der Schuldner wird, wenn ihm dieſe theilweiſe Veräußerung der Forderung gehörig denuncirt iſt, ſo wenig mehr durch Zahlung an den eigentlichen Gläubiger liberirt werden, wie er es nach einer ihm angezeigten gänzlichen Ceſſion der Schuld wird [11]); es iſt alſo der Gläubiger, wenn ſolche Momente eintreten, wo geklagt werden muß, außer Stande dazu, und damit iſt ſein Intereſſe in einer Weiſe gefährdet, wie es ſicher nicht in der Abſicht der Conſtituenten lag, während der Uſufructuar ihm zu Hülfe zu kommen und damit ihr beiderſeitiges Intereſſe zu wahren vermag; — daß er es dann auch thut, dazu muß ihn die Caution nöthigen und dieſe darf daher hier nicht, wie beim Quaſiuſusfruct, nur dahin gehen, daß er reſtituiren will, was von dem geſchuldeten Kapitale oder der geſchuldeten Species an ihn kommt, ſondern er muß daneben, wie beim wahren Uſusfruct verſprechen, daß er die Forderung verwalten will, wie ein bonus pater familias, und darin liegt auch, daß er klagt, wenn es Zeit iſt. Dieſes Verſprechen kann dann aber auch bei einem beſonders ſicher und gegen hohe Zinſen verliehenen Kapital der Grund ſein, warum der Uſufructuar daſſelbe nicht einklagen darf, und ebenſo können ihm die Conſtituenten die Befugniß dazu ausnahmsweiſe entziehen, wie jedem Uſufructuar eine einzelne Benutzungsweiſe der uſufructuariſchen Sache unterſagt werden kann.

Für die andern res incorporales, welche Gegenſtand eines Vermögens ſein können, haben wir in unſern Quellen keinerlei Beſtimmung darüber, ob auch an ihnen ein ſolches uſufructartiges

11) L. 4 C. quae res pignori 8, 16.

Recht verliehen werden kann, wie an den Forderungen. Da aber die römiſche Jurisprudenz aus den Worten des oft erwähnten Senatusconſults zu dem Begriff des ususfructus nominis gelangte, ſo werden wir zu einer entſprechenden Operation rückſichtlich der andern veräußerlichen Rechte, welche zu den bona eines Verſtorbenen gehören können, berechtigt ſein, und ſo, um die römiſchen Inſtitute zu nennen, einen ususfructus superficiei, als das der Zeit nach beſchränkte und durch vorausgegangene Cautionsleiſtung bedingte Recht, zur ſelbſtändigen, nach dem arbitrium boni viri zu regelnden Benutzung des ſuperficiariſchen Hauſes, ſo wie einen ususfructus emphyteuseos, als das ebenſo beſchränkte Recht, in gleicher Weiſe das emphyteutiſche Gut zu benutzen, anerkennen dürfen.

Wie ein Uſusfruct an einem Uſusfruct beſtehen könne, haben wir ſchon oben § 28 S. 256—262 auf einem andern Wege dargethan.

Zweites Kapitel.

Der Usus.

§. 59.

Ueber den Inhalt des Usus ist in neuerer Zeit eine Differenz unter den Ansichten unserer Rechtslehrer zu Tage getreten. Nachdem die früher allgemein verbreitete Lehre, wonach der Usus zu jeder Benutzungsweise ermächtige, so lange sie sich auf die Nothdurft des Usuars beschränke, namentlich durch Hugo's[a]) und Thibaut's[b]) Angriffe erschüttert war, gelangte die Ansicht der genannten Juristen zur fast ausschließlichen Herrschaft[c]), wonach nur das Recht, die usuarische Sache unmittelbar für die Zwecke des Usuars anzuwenden, nicht aber auch das, sich die Erzeugnisse derselben anzueignen, im Usus enthalten sein soll. So sehr nun auch hierfür z. B. Ulpians Worte in l. 2 pr. de usu 7, 8:

Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.

zu sprechen scheinen, indem frui in seinem regulären Sinne „Früchte gewinnen" heißt und also hier der Fruchtbezug verboten erscheint, so läßt sich doch auch alsbald nicht verkennen, mit wie vielen einzelnen Entscheidungen die obige Begriffsbestimmung in Widerspruch geräth, und es bleibt daher den Anhängern derselben nichts übrig, als jede

---

a) Civil. Magazin I. S. 339.

b) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1798 Bd. I Nr. 3 [über die Dienstbarkeit des Usus].

c) Vgl. die Litteraturnachweisungen von Scheurl in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. XV. S. 21.

dieſer Entſcheidungen als eine anomale Erweiterung der uſuariſchen Befugniſſe aufzufaſſen und dieſelbe dadurch zu begründen, daß die Conſtituenten muthmaßlich unter den beſondern Umſtänden des einzelnen Falls dieſe Erweiterung gewollt haben. Unzufrieden mit dieſem höchſt unſichern Reſultate hat G. F. Puchta[d]) dem Uſuar wieder die doppelte Befugniß, ſowohl zu gebrauchen, als Früchte zu ziehen, zugewieſen und nur die Grenze dafür aufgeſtellt, daß er durch dieſe Benutzungsweiſe ſtets ſein unmittelbares Bedürfniß befriedigen müſſe; er geht demnach in ſo weit über die Anſichten der ältern Schule hinaus, als dieſe dem Uſuar nur, was zu ſeiner Nothdurft erforderlich war, zugeſtehen wollte, Puchta aber alles geſtattet, was ihm ſelbſt für ſeine Perſon Nutzen gewähren kann, wenn er es auch nicht mehr mit Nothwendigkeit braucht. Doch auch mit dieſer Begriffsbeſtimmung treten einzelne geſetzliche Entſcheidungen in Widerſpruch, wie z. B. die, wodurch dem Uſuar einer Heerde jeder Anſpruch auf die Wolle und auf die Jungen derſelben abgeſprochen wird[e]), während er dieſe Dinge doch zu ſeinem unmittelbaren Bedürfniß würde verwenden können. Deßhalb hat Scheurl[f]) eine andere Definition des Uſus aufgeſtellt, die er aus der Bedeutung des Worts uti im Gegenſatz zu frui ableitet. Denn erſteres ſoll in ſeiner engeren Bedeutung[g]) die Benutzungsweiſe bezeichnen, welche nicht ſchon der endliche Zweck iſt, wie er an und für ſich Vortheil gewährt [z. B. durch Verſchaffung von Eigenthum], ſondern welche nur ein Mittel iſt, um damit einen andern außerhalb der Sache liegenden dauernden Zweck zu erreichen, und welche daher an und für ſich nur vorübergehend Vortheil gewährt. Daraus folgert Scheurl nun, daß der Uſus jede Benutzung iſt, welche nicht zu einem dauernden Eigenthumserwerb führe, und daß dieſer das charakteriſtiſche Kennzeichen des fructus ſei; nur der Bezug von ſolchen Früchten, welche ſofort während der Dauer des

d) Curſus der Inſtitutionen Bd. II § 282 S. 781 und 798 [2. Aufl.] und in der zweiten Auflage der Pandekten § 197.

e) L. 12 § 2 de usu 7, 8.

f) A. a. O. S. 34.

g) In einer weitern wird es z. B. in l. 1 pr. de precario 43, 26 gebraucht: precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur etc.

Uſus unmittelbar verbraucht würden, gewähre keine dauernde poſitive Bereicherung und ſchließe daher den Uſus nicht aus.

So ſehr wir nun auch mit dieſem letztern Reſultate übereinſtimmen und daſſelbe in den einzelnen Entſcheidungen unſerer Quellen beſtätigt finden, ſo möchten wir doch einen andern Weg einſchlagen, um zu dieſem Reſultat zu gelangen, indem unſers Erachtens das Inſtitut des Uſus ſich nicht nach dem Sinne des zur Bezeichnung deſſelben gebrauchten Wortes gemodelt hat, ſondern dieſes nachträglich hinzugekommen iſt, und ohne daß man genau unterſucht hat, ob ſeine Bedeutung durchaus congruent mit dem Inſtitut war, welches er bezeichnen ſollte. Denn wäre der Sinn, welchen Scheurl dem Wort usus unterlegt, wirklich im allgemeinen Bewußtſein anerkannt, ſo hätte es nicht wiederholt vorkommen können, daß die Conſtituenten den Ausdruck Uſus brauchten, wo ſie doch ein Inſtitut mit weitern Befugniſſen ſchaffen wollten, als ſie im Uſus im juriſtiſchen Sinne enthalten ſind[h]), und namentlich hätten die Juriſten, wenn im einzelnen Falle der juriſtiſche Uſus in ſeiner vollen Conſequenz ein mögliches Inſtitut war, nicht Unterſuchungen darüber anſtellen dürfen, ob auch der wahre Wille des Teſtators auf dieſen Uſus gerichtet war. Mittelſt des Satzes: Ubi non est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio, können wir daher hier, wo nach dem Willen der Conſtituenten doch noch geforſcht wird, auf eine gewiſſe Unſicherheit über die Bedeutung des Worts Uſus zurückſchließen. War aber dieſe vorhanden, ſo wird ſich auch die Ausbildung eines mit ſo beſtimmten Grenzen verſehenen Inſtituts nicht lediglich durch den Sinn deſſelben haben leiten laſſen, zumal wir aus Ausſprüchen der Quellen wiſſen, daß das Wort usus gar nicht nothwendig bei der Conſtituirung des Inſtituts gebraucht werden mußte[i]). Demnach

---

h) L. 22 pr. de usu 7, 8; l. 5 § 2 de usufr. ear. rerum 7, 5. Wir kommen auf dieſe Stellen unten zurück.

i) Nach der l. 10 § 1 de usu entſteht der Uſus auch, wenn im Teſtament eine χρῆσις hinterlaſſen iſt; Pomponius nimmt in l. 32 de usufr. 7, 1 an, daß wenn ſich der Verkäufer eines Hauſes darin eine habitatio vorbehalte, dies als Beſtellung eines Uſus aufzufaſſen ſei [wir kommen auf dieſe Stelle im § 60 zurück] und Paulus entſcheidet in l. 37 de S. P. R. 8, 3 für einen

wird hier nicht, was bei ſo vielen andern Inſtituten mit Recht geſchieht und auch ſeither von uns mehrmals hat geſchehen müſſen, der ſprachlichen Bedeutung des Namens zu großes Gewicht beigelegt werden dürfen.

Um aber den Inhalt des Uſus zu beſtimmen, müſſen wir wieder ſuchen, uns ein Bild ſeiner Entſtehung zu entwerfen. Daß der Uſusfruct und einige Realſervituten vor ihm zur Anerkennung gelangt waren, haben wir oben [vgl. § 1, § 2 und § 50 S. 448 Anm. a] nachzuweiſen verſucht. Wann er entſtand, können wir nach den uns erhaltenen Quellen nicht mit Beſtimmtheit angeben; doch haben wir keinerlei Zeugniß, welches auf ein hohes Alter hindeutet, und innere Gründe ſcheinen auch dagegen zu ſprechen, da ſich nicht abſehen läßt, wie in den einfachen, ſtarren Verhältniſſen der ältern Zeit irgend ein dringendes Bedürfniß für die Entſtehung deſſelben thätig geweſen ſein kann, auch die Stellung des Uſuars gegenüber dem Eigenthümer eine ſolche iſt, welche ſich nicht durch kurze, einfache Regeln markiren läßt, ſondern in jedem einzelnen Falle mit großer juriſtiſcher Kunſt und durch detaillirtes Eingehen in die Lebensverhältniſſe ermittelt werden muß, wie das in den eiſernen Zeiten des Rechts ſchwerlich im Geiſte der Jurisprudenz gelegen hat. Wenn der Uſus erſt einer ſpätern Zeit angehört, ſo iſt es nicht unmöglich, daß er grade aus der bewußten Abſicht hervorgegangen iſt, die eigenthümlichen Vortheile, welche die Realſervituten dem Eigenthümer der belaſteten Sache bieten, dieſem, ſo weit als möglich, auch dem Uſufructuar gegenüber zu ſchaffen, und er ſomit durch die Reflexionen der Jurisprudenz veranlaßt worden iſt. Der Eigenthümer mochte eine Garantie für die Wahrung ſeiner Intereſſen darin ſehen, wenn jede einzelne Ausübungshandlung nur von dem Berechtigten und den beſtimmten zur Stellvertretung ermächtigten Perſonen, nicht aber von jedem beliebigen Dritten, dem es etwa vom Berechtigten überlaſſen wurde, vorgenommen werden konnte, und wenn das individuelle Bedürfniß des Berechtigten dem ganzen Recht eine Grenze ſetzte, ſo konnte das auch dem Eigenthümer nur wünſchenswerth ſein und deßhalb von

---

unus aquae, wo im Teſtament geſtattet war, aus einer Quelle ein beſtimmtes Maaß Waſſer zu einem beliebigen Zweck zu entnehmen.

den Conſtituenten nach dem Vorbild der Realſervituten angeordnet werden. Dieſe Möglichkeit wird aber zur großen Wahrſcheinlichkeit werden, wenn man berückſichtigt, wie für den Uſus auch eine Regel aufgeſtellt wird, die bei den Realſervituten ſich mit Leichtigkeit erklärt, die aber beim Uſus als eine Singularität erſcheint, an der niemand ein Intereſſe hat, und die ſicherlich nicht ſo wiederholt und allgemein von den Conſtituenten verfügt worden wäre, daß ſie zu einem feſtſtehenden Attribut des Uſus hätte werden können, wenn ſie nicht im Gefolge anderer Sätze aus der Realſervitutenlehre in die vom Uſus hinübergenommen wäre. Daß nämlich die Vornahme jeder einzelnen Ausübungshandlung nur durch den Berechtigten ſelbſt, ſo wie die Einhaltung der durch das Bedürfniß der herrſchenden Sache geſetzten Schranke, noch nicht genügt, ſondern daß auch jede unter Wahrung dieſer Grenze vorgenommene Ertragspartikel unmittelbar auf die herrſchende Sache verwandt werden muß, iſt bei den Realſervituten erklärlich, weil ſonſt der Zweck derſelben, künſtlicher Erſatz einer fehlenden Eigenſchaft des herrſchenden Grundſtücks [vgl. § 16 S. 138], nicht erreicht würde; daß auch beim Uſus die Einhaltung jener Grenzen nicht genügt, ſondern ebenfalls jede Ertragspartikel unmittelbar zum Vortheil des Berechtigten verwandt werden muß[k]), läßt ſich hier nicht auf gleiche Weiſe erklären, da eine Veräußerung der Erträgniſſe gegen Entgelt dem Uſuar eben ſo nützen kann, wie die eigene unmittelbare Verwendung, und auch nicht abzuſehen iſt, wie dem Eigenthümer daran liegen kann, was ſchließlich aus den Erzeugniſſen ſeiner Sache wird, wenn er ſie einmal hat hergeben müſſen. Auch die einzelne Ausnahme, die für den Uſus eines Hauſes gemacht wird[l]) beweißt, wie dieſer Strenge der Regel beim Uſus der Boden fehlt, und wir glauben daher nicht zu irren, wenn wir aus ihrer Geltung auf eine auch hiſtoriſche Verwandtſchaft zwiſchen Uſus und Realſerpituten zurückſchließen.

Die Realſervituten gewähren nun größten Theils die Befugniß zu bloßen Gebrauchshandlungen; doch manche und auch ſolche, die ſchon in älterer Zeit üblich waren, geben Anſpruch auf die Erzeug-

k) § 2 und § 3 J. de usu II, 5; l. 11 de usu.

l) L. 2 § 1 und l. 4 pr. de usu; ſiehe unten.

niſſe der dienenden Sache, wie namentlich ſchon die Waſſergerechtigkeiten [vgl. § 43 S. 466]. Deßhalb konnte, wenn der Uſus wirklich auf dem von uns angenommenen Wege entſtand, darin ſchon von Anfang an ein Anſpruch auf die Erzeugniſſe der uſuariſchen Sache enthalten ſein, der jedoch in einer Beziehung beſchränkter ſein mußte, wie der bei den Realſervituten. Bei der unendlichen Dauer derſelben kommt es gar nicht darauf an, wie lange die einzelne Ausübungshandlung zum Vortheil der herrſchenden Sache fortwirkt; die engen Zeitgrenzen des Uſus aber, die jeden Augenblick ſeinen Untergang herbeiführen können, verlangen, daß nur ſolche Handlungen zur Ausübung deſſelben vorgenommen werden, welche bei Ablauf des Uſus ganz und gar vollendet ſind, damit nicht noch Befugniſſe auf denſelben gebaut werden, während er ſchon nicht mehr exiſtirt. Dies auf den Fruchtbezug des Uſuars angewendet ergiebt, daß dieſer nur ſolche Erzeugniſſe angreifen darf, die er auch alsbald zu conſumiren vermag, damit, wenn der Uſus durch den Tod erlöſcht, und nunmehr alſo der Zweck deſſelben, Verbeſſerung der Lage des Uſuars, als erreicht gilt, nicht noch nachträglich und mittelbar durch die Fortdauer von Eigenthum eine Bereicherung hergeſtellt werde, wie ſie gar nicht beabſichtigt war. Die Zeitgrenze, die der Uſus vom Uſusfruct entnommen hat, muß hier jede Ertragspartikel ergreifen, ſoll der Nutzen des Uſus ein unmittelbarer ſein. Erzeugniſſe daher, die, wenn ſie regelrecht verwandt werden, erſt durch lang fortgeſetzte Benutzung verwandt werden können, fallen dem Uſuar nicht zu. Ebenſo müßte man auch fordern, daß derſelbe von den Sachen, welche durch jede Benutzung ganz verbraucht werden, zur Zeit immer nur ſo viel nehme, als er alsbald conſumiren könne; allein dieſe Forderung ſtände, zumal beim Uſus an Grundſtücken, zu ſehr mit den Rückſichten auf die Bequemlichkeit und auch mit der äußern Zweckmäßigkeit in Widerſpruch, und deßhalb iſt hier nachgegeben worden, daß der Uſuar davon ſchon auf Vorrath nehmen könne[m]),

m) So wird in l. 15 pr. de usu dem Uſuar eines Landguts geſtattet ſich aus den Früchten deſſelben für ein Jahr zu verſehen — natürlich weil dieſe verderben würden, wenn ſie auf dem Felde blieben, bis er ſie brauchte, und weil er erſt nach einem Jahr Gelegenheit haben wird, ſich neu zu verſehen.

jedoch wohl nur unter der Bedingung, daß er bei plötzlicher Beendigung des Usus alles restituire, was er noch nicht consumirt hat, und wird die Verpflichtung dazu seiner Zeit aus der auch von ihm zu leistenden Caution gefolgert werden können. Diese Erlaubniß ist aber auf die Sachen beschränkt, welche in jedem Augenblick ganz und gar consumirt werden können, und keineswegs hat man nun die Grenzen der usuarischen Befugniß etwa dahin erweitert, daß der Usuar sich auch die Erzeugnisse aneignen dürfe, welche eine lange fortgesetzte Benutzung ertragen, und dieselben nun vorläufig unter der Bedingung nach Belieben ausbeuten dürfe, daß er bei Beendigung des Usus restituire, was davon übrig sei. Vielmehr sind und bleiben derartige Erzeugnisse dem Usuar entzogen.

Demnach können wir den Usus als die den Realservituten nachgebildete Personalservitut bezeichnen, welche zur Benutzung einer Sache ermächtigt, so weit der Ertrag dieser Benutzung unmittelbar dem Berechtigten zu Gute kommt und alsbald von ihm verwandt wird. Daß man dies Verhältniß mit dem Namen usus und also mit einem Elemente des Gesammtnamens usus et fructus bezeichnete, hat vielleicht seinen Grund in der von Scheurl behaupteten tiefern Bedeutung von uti, vielleicht ging man aber auch nur von der oberflächlichen Betrachtung aus, daß da der Ususfruct um wichtige Attribute beschnitten sei, sich das auch in dem Namen ausprägen müsse, und da der Fruchtbezug hier bedeutend zurücktritt, und nicht nur fructus civiles fast nie vorkommen, sondern auch bei Beendigung des Usus keine fructus naturales mehr in den Händen des Usuars sein dürfen, so mochte man sich zur Wegschneidung des auf den Fruchtbezug hinweisenden Elements des Namens Ususfructs leicht veranlaßt fühlen. Zur Probe unsers Resultats wird es nunmehr erforderlich sein, die einzelnen in den Gesetzen entschiedenen Fälle näher zu betrachten:

Ist der Usus an einem Landgut bestellt, so verleiht er die Befugniß, in dem dort befindlichen Herrnhause zu wohnen, und ferner, da das Wohnen nur dann in einer befriedigenden Weise geschehen kann, wenn man allein Herr im Hause ist, auch dem Eigenthümer und seiner Dienerschaft den Besuch desselben zu unter-

ſagen[n]); daneben kann der Uſuar von den Wirthſchaftsgebäuden die ausſchließliche Benutzung der Räume beanſpruchen, welche jede Haushaltung zur Aufbewahrung ihrer täglichen Lebensbedürfniſſe nöthig hat, wie z. B. in Italien Wein- und Oelkeller[o]). Ferner kann er nicht nur ſeine Familie dort bei ſich haben, ſondern wie z. B. eine Wegegerechtigkeit ja auch durch die beſuchenden Freunde benutzt werden kann, ſo kann der Uſuar auch Freunde dahin einladen, weil nur dann die Wohnung in jeder Weiſe befriedigen und das Leben in derſelben vollen Genuß gewähren wird. Doch muß ein ſolches Treiben nicht im Widerſpruch mit der ganzen äußern Lage des Uſuars ſtehen, indem ihm etwa nur als Almoſen der Uſus an einem kleinen Gute gewährt iſt, auch dürfen, um Raum für dieſe Freunde zu ſchaffen, nicht etwa die für die Wirthſchaft beſtimmten Lokalitäten in Anſpruch genommen werden[p]). Da ihm dagegen die Ernte des Gutes nur zu einem geringen Theile zufällt und er daher die eigentliche Bewirthſchaftung auch nicht zu beſorgen hat, ſo hat er auf die hierfür beſtimmten Gebäude, wie z. B. auf die Wohnung für den Pächter oder für die zu den ländlichen Arbeiten erforderlichen Leute keinen Anſpruch[q]), es ſei denn, daß der Uſus ausdrücklich an allen Gebäuden beſtellt iſt[r]). Doch auch dann wird er wenigſtens zur Erntezeit den Arbeitern Unterkommen gewähren müſſen, da das doch gewiß die Abſicht der Conſtituenten war[s]). Außerdem darf er auch auf dem Gute ſpaziren gehen oder ſich in einer Sänfte umhertragen

n) In l. 10 § 4 de usu lauten die Worte Ulpians allerdings allgemein: Et Labeo ait, habitare eum in fundo posse, dominumque prohibitarum illo venire; daß aber doch nur darunter verſtanden wird, der Eigenthümer könne von dem Hauſe abgehalten werden, nicht aber auch, daß der Uſuar ihm den Beſuch des ganzen Guts verbieten könne, geht aus andern Stellen hervor, wo indirect [l. 11 daſelbſt] oder direct [l. 15 § 1 daſelbſt] das Recht des Eigenthümers, trotz dem Uſus auf dem Landgut zu weilen, anerkannt wird.

o) L. 10 § 4 de usu.

p) L. 12 § 1 daſelbſt.

q) L. 10 § 4 de usu.

r) L. 12 pr. daſelbſt. Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est.

s) L. 12 pr. daſelbſt.

laſſen, jedoch nur ſo, daß daraus kein Nachtheil für den Eigenthümer entſteht und er namentlich den Arbeitern deſſelben nicht bei ihren Geſchäften hinderlich iſt [t]). Ginge nun das Recht des Uſuars nur auf die Befugniß zum unmittelbaren Gebrauche der Sache ſelbſt, wie manche unſerer Juriſten wollen, ſo wäre hiermit ſein Recht abgeſchloſſen, und es läßt ſich nicht läugnen, daß die ſeither genannten Befugniſſe immerhin ſchon ſo beträchtlich und ſo nutzbringend ſind, daß es ſich leicht erklärt, wenn die Conſtituenten allein um derentwillen das Verhältniß ſchufen, und es iſt nicht nöthig, bloß deßhalb dem Uſuar weitere Befugniſſe zuzugeſtehen, weil die, welche aus dem Weſen des Uſus fließen, zu unbedeutend ſind, als daß ſie die beabſichtigten ſein können. Wenn dem Uſus an einem Landgut daher noch weitere Attribute beigelegt werden, ſo müſſen auch dieſe aus dem Weſen dieſes Inſtitus hervorgehen. Nach dem von Ulpian angeführten Zeugniß einer großen Anzahl der angeſehenſten Juriſten gewährt der Uſus, ohne daß das irgendwie als eine Beſonderheit angeführt wird, einen Anſpruch auf Holz, ſoweit man deſſen zum täglichen Gebrauch bedarf, auf Obſt, Gemüſe, Blumen, Waſſer, Streu; jedoch alles nur ſoweit, als man es ſofort gebraucht, und nicht um daraus dauernden Gewinn zu machen [non usque ad compendium] und auch nicht zum bloßen Mißbrauch [neque ad abusum] [u]), alſo nicht ſo verſchwenderiſch, wie es bei den perſönlichen Verhältniſſen des Uſuars nicht üblich iſt, ſolche Dinge zu gebrauchen. Bei den oben genannten Sachen blieb Nerva ſtehen, und erklärte ſich ausdrücklich dagegen, daß der Uſuar Heu, Oel, Korn oder ſonſtige Feldfrüchte beziehe, indem er wohl von dem Geſichtspunkte ausging, daß der Bezug dieſer Dinge, als der nöthigſten Lebensbedürfniſſe, eine ſofortige dauernde Bereicherung nach ſich ziehe, da man das Geld ſpare, was man ſonſt nothwendig ausgeben müſſe, und daß ſolche

t) L. 11 und l. 12 § 1 de usu; § 1 J. de usu II, 5.

u) Daß man dieſe Worte nicht in Gemäßheit des Gebrauchs, den ſie ſonſt oft haben, ſo überſetzen darf, als ſolle der Uſuar nicht den ganzen Vorrath des Guts von dieſen Dingen verbrauchen, geht namentlich aus l. 15 pr. de usu hervor, wo geſagt wird, der Uſuar könne mitunter zur Befriedigung ſeines Bedürfniſſes den ganzen Ertrag des Guts verbrauchen.

daher ſchon in das Bereich des fructus fallen würden. Aber den Juriſten Sabinus, Caſſius, Labeo, Proculus und ebenſo Ulpian ſchien dieſe Auffaſſung eine zu enge, und ſie ſtellten den Satz auf, daß der Uſuar von Allem, was auf dem Grundſtück wachſe, für ſich und die Seinen den nöthigen Unterhalt entnehmen könne, ja Ulpian entſcheidet auch, da wohl Zweifel entſtanden ſein mochten, daß er dies keineswegs nur ſo lange könne, als er auf dem Gute weile, ſondern daß er es ſich auch in die Stadt nachführen laſſen dürfe.

Den Theil der Früchte, welchen der Uſuar für ſich bedarf, wird er, ſoweit ſie nicht ſchon von ſelbſt wachſen, ſondern einer beſondern Kultur bedürfen, ſelbſt zu erzielen haben und ihm daher vom Eigenthümer das nöthige Land dazu überlaſſen werden müſſen. Das wird freilich in den Quellen nirgends geſagt, und manche Ausdrücke derſelben ſcheinen faſt auf das Gegentheil hinzudeuten, als ob der Eigenthümer das Ganze beſtellen und der Uſuar dann aus den erzielten Früchten ſeinen Theil vorweg nehmen könne[v]); allein das wäre doch eine zu große Anomalie, wenn der Eigenthümer noch für fremde Zwecke das Land beſtellen müßte, als daß wir es ohne ausdrückliches Zeugniß annehmen können, und da es auch, wie die Quellen anerkennen[w]), vorkommen kann, daß für den Eigenthümer gar nichts vom Ertrage des uſuariſchen Gutes übrig bleibt, ſo würde derſelbe oft genug eine derartige Thätigkeit verweigern und da er dazu nicht gezwungen werden könnte, würde doch dem Uſuar es wieder obliegen, ſelbſt Anſtalten zu treffen, damit das ihm Zukommende auch wirklich wächſt. Wenn die l. 16 pr. de usu von einem Legate ſpricht, wonach dem Uſuar eines Gutes auch der Uſus an dem Inventar deſſelben vermacht war, ſo deutet das doch auch darauf hin, daß man ſich bewußt war, wie der Uſuar ſelbſt das Feld beſtellen muß. Es wird dann nur oft ſchwer ſein, zu ermitteln, wie viel Land ihm für ſeine Bedürfniſſe zu überweiſen iſt, da die Größe derſelben ſelbſt noch ungewiß ſein kann und bei dem unſichern

v) L. 12 § 1 de usu: ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumpturum. L. 15 pr. daſelbſt: licebit usuario et ex pensa . . . capere.

w) L. 15 cit.

Ertrage der Ernten nicht vorauszusehen ist, wie viel er von jedem Felde ernten wird. Ein mittlerer Ueberschlag wird am meisten zu empfehlen sein, und wenn dann der Usuar mehr erzielt, als er ordnungmäßig verzehren kann, so wird er den Ueberschuß in Folge der von ihm geleisteten usuarischen Caution an den Eigenthümer, jedoch nur gegen Erstattung der betreffenden Quote der Bestellungskosten, herausgeben müssen, und wenn dagegen sein Ertrag für den Verbrauch einer Fruchtperiode nicht hinreicht, so wird er denselben von dem des andern Theils des usuarischen Grundstücks wieder gegen Ersatz einer Quote der Bestellungskosten ergänzen können. Will der Eigenthümer auf die Gefahr dieses Abzuges hin sich gar nicht auf die Bestellung einlassen, so wird jener den ganzen Acker benutzen dürfen, muß aber doch immer restituiren, was er von der Ernte nicht zu verzehren vermag.

Gehen wir dann, um mit der nähern Prüfung der obigen Begriffsbestimmung des Usus fortzufahren, zu den Entscheidungen in Betreff des Usus an einem einzelnen Hause über, so finden wir sorgfältige Untersuchungen darüber, wen der Usuar in das Haus mitaufnehmen könne. Sie gehen darauf hinaus, daß, möge der Usus einem Manne oder einer Frau zustehen, die ganze Familie derselben mit dem Berechtigten wohnen könne, so weit ein solches Zusammenleben gewöhnlich ist, also Gattin, Kinder, Schwiegertöchter und Schwiegersöhne, und ohne Rücksicht darauf, ob schon zur Zeit der Errichtung des Usus diese Familienglieder vorhanden sind, oder ob sie erst später als solche eintreten[x]). Ferner kann der Usuar seine Dienstleute dort wohnen lassen, mögen sie frei oder unfrei sein, und namentlich, was für römische Verhältnisse von Wichtigkeit war, auch die Freigelassenen und Clienten[y]). Außerdem darf er Gastfreunde dort einquartiren, obgleich dies zuerst Widerstand gefunden zu haben scheint[z]) und immer bei dem Usus zu Gunsten einer Frau

x) § 2 J. de usu, II, 5; l. 2 § 1, l. 4 § 1 — l. 6 de usu; arg. leg. III de V. O. 45, 1.

y) § 2 J. de usu; l. 2 § 1, l. 3, l. 6 de usu.

z) § 2 J. de usu.; vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat.

die Beſchränkung erlitt, daß es nur ein ſolcher Gaſtfreund ſein dürfe, mit dem ſie, ohne den Anſtand zu verletzen, zuſammen wohnen dürfe [aa]), weil man annehmen mußte, daß nur das den Abſichten der Conſtituen entſprach. Während dieſe Beſtimmungen durchaus mit dem Begriffe des Uſus, wie wir ihn oben aufgeſtellt haben, in Einklang ſtehen, widerſtreitet demſelben aber, wie jedoch auch allen andern Begriffsbeſtimmungen des Uſus, eine Behauptung Ulpians in den zuſammenhängenden Stellen, l. 2 § 1 und l. 4 pr. de usu, indem er dort ſagt:

> Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro Posteriorum. Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere . . . .
>
> Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum; quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?

Daß hier eine ſinguläre Entſcheidung gegeben wird, die ſich von den ſonſtigen Grundſätzen des Uſus, wie ſie anderswo ſo beſtimmt und auch in Beziehung auf den usus domus von Juſtinian in den Inſtitutionen [bb]) ausgeſprochen werden, wird ſich nicht leugnen laſſen; ob ſchon Labeo und Proculus ſie theilten, oder ob ſie nur geſtatten wollten, daß der Uſuar auch ſolche, die nicht ſeine Freigelaſſenen, Klienten u. ſ. w. waren, wenn es ihm das Wohnen im Hauſe angenehmer mache, umſonſt dort als Inquilim aufnehme, und ob Ulpian erſt ein Recht zum eigentlichen Vermiethen daraus machte, läßt ſich nicht mit Sicherheit erkennen. Dazu veranlaßt wurde er aber wohl durch die Beobachtung, daß wenn der Eigenthümer das Wohnen eines Fremden im Hauſe dulden müſſe, der Umſtand, ob ein Miethvertrag zwiſchen Inquilinen und Uſuar abgeſchloſſen ſei, ihm, dem Dritten gegenüber doch ganz gleichgültig ſein müſſe, und daß ferner der Uſuar es in ſeiner Hand habe, falls ſich der Eigenthümer ſolche Weitervergabung ſeines Hauſes nicht gefallen laſſen

---

aa) L. 7 de usu.

bb) § 2 J. de usu . . . hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest.

wolle, auf andere Weiſe, wie z. B. durch lebhafteren Verkehr u. ſ. w. das Haus weit mehr zu belaſten, als es dieſer Inquiline thue. Die Zimmer des Hauſes, welche der Uſuar für ſein gewöhnliches Leben nicht benutzte, durfte der Eigenthümer doch der Regel nach nicht für ſich benutzen[cc]), da es zum vollen Gebrauch eines Hauſes auch gehört, daß man, wie Pomponius in l. 22 § 1 de usu ſagt, mit den Zimmern von Zeit zu Zeit wechſeln könne, und da, was wohl noch mehr der wahre Grund ſein mochte, das Bewohnen des Hauſes nur dann mit der gehörigen Befriedigung möglich iſt, wenn man in ein ſeiner Bauart nach nur für eine Familie beſtimmtes Haus nicht unfreiwillig Dritte aufzunehmen braucht. Daß nun aber ſolche Betrachtungen eine derartige, wenn auch billige, ſo doch ſinguläre Entſcheidung hervorrufen konnten, beweißt nur die Richtigkeit der oben von uns aufgeſtellten Behauptung, daß die Vorſchriften, wonach jedes Ertragspartikelchen unmittelbar vom Uſuar ſelbſt genoſſen werden müſſe, von den Realſervituten, wo ſie um der Natur dieſer Inſtitute willen entſtehen mußten, künſtlich auf den Uſus übertragen und bei dieſem keineswegs naturwüchſig ſind. Daß aber um dieſer Zulaſſung eines Dritten zu der Ausübung des Uſus und um des daraus dem Uſuar zufließenden Geldgewinns willen der Charakter des Uſus nicht ganz aufgegeben iſt, ſondern ſich in der Hauptſache noch immer erhält, geht aus dem beſondern Nachdruck hervor, der immer wieder darauf gelegt wird, daß Andere nur das Haus bewohnen können, wenn der Uſuar es auch ſelbſt bewohnt[dd]), ſo daß

---

cc) Nur der Regel nach, denn wo ausdrücklich nur der Uſus an einem Theile des Hauſes legirt war, wie im Fall der l. 11 usufr. quemadm. 7, 9 und der l. 33 de leg. III, 32, oder wo ſchon aus der ganzen Einrichtung des Hauſes erkannt werden kann, wie es mehreren Familien Wohnung geben ſoll, da wird auch dieſe exkluſive Benutzung des Hauſes durch den Uſuar ihre Grenzen haben, und ſo erklärt es ſich, daß Paulus in l. 18 de usu noch trotz dem Uſus an einem Hauſe von Früchten dieſes Hauſes ſpricht, die der Eigenthümer daraus ziehe, alſo daran denkt, daß andere Theile deſſelben vermiethet ſeien, ja ſolches faſt als den regelmäßigen Fall vorauszuſetzen ſcheint.

dd) Außer in der angeführten l. 4 pr. de usu namentlich in l. 8 pr. *Ulpianus.* — Sed neque locabunt aeoreum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum.

der Geſichtspunkt immer möglich bleibt, ſie wohnten dort nur, um dem Uſuar das Wohnen angenehmer oder nützlicher zu machen, und ſie wären alſo nur die Mittel, mit denen er ſein Wohnungsrecht ausübe.

Für den Uſus an Sklaven iſt wieder vorgeſchrieben, daß man ſie nur zu dem Dienſt ſeines eigenen Hausſtandes und alſo auch zu dem ſeiner Frau und ſeiner Kinder brauchen dürfe[ee]), daß damit aber nicht ausgeſchloſſen ſei, daß der Uſuar ſie zu einzelnen Arbeiten anhalten dürfe, die er für Andere zu liefern übernommen habe, wie z. B. zum Weben fremder Wolle, zum Bauen eines verſprochenen Schiffes u. ſ. w. Denn für welche Sache er ſie verwende, darauf komme nichts an, wenn er ſie nur in ſeinem Dienſt verwende[ff]). Und zunächſt iſt es ja auch immer eine Arbeit, die das eigene Intereſſe des Uſuars betrifft, da er, um ſich ſelbſt vor der Entſchädigungspflicht zu ſichern, dieſelbe vollendet ſehen muß, und in dieſer ganzen Beſtimmung liegt daher auch nicht eine ſingulăre Erweiterung des Uſus, ſondern nur eine Conſequenz des allgemeinen Princips. Dieſem entſpricht auch, was hinſichtlich des uſuariſchen Anrechts auf den Erwerb des Sklaven beſtimmt wird; denn wenn das, was derſelbe ex operis gewinnt, dem Uſuar zufiele, ſo würde dieſer ja ſtatt des ihm nur unmittelbar Zukommenden ein Aequivalent empfangen, welches zu einer dauernden Bereicherung führte, und deßhalb wird ihm auch dieſes abgeſprochen[gg]); dagegen aber hat er ein vollſtändiges Anrecht auf Alles, was der Sklave mit den Sachen des Uſuars [ex re] erwirbt[hh]), weil es hier der unmittelbare Dienſt des Sklaven iſt, der auf die eigenen Sachen des Uſuars verwandt iſt, und da eine ſolche Verwendung durchaus in der Befugniß dieſer Letztern liegt, ſo muß auch das auf dieſe Weiſe Erreichte ihm zuſtehen.

Iſt der Uſus an Zugthieren beſtellt, ſo ſollen ſie, wie die Sklaven, nur zu eigenen Arbeiten des Uſuars verwandt und nicht vermiethet werden, ja ſelbſt nicht in der Rennbahn dienen, da auch

---

ee) § 3 J. de usu; l. 9, l. 12 § 5 de usu

ff) L. 12 § 6 de usu.

gg) L. 14 pr. daſelbſt.

hh) L. 14 pr., l. 16 § 2, l. 20 daſelbſt.

das gleichſam eine Art von Vermiethen ſei; nur da, wo die Conſtituenten wußten, daß der Uſuar Pferdebändiger ſei und daher Pferde hauptſächlich nur zu dieſem Zwecke brauche, ſoll es ſo angeſehen werden, als ob ſie zu dieſer Benutzungsweiſe zugeſtimmt hätten[ii]). Damit wird alſo, wenn wirklich die Benutzung im Cirkus dem Vermiethen ähnlich war, eine partielle Veräußerung der Befugniß zugeſtanden, aber ſie wird auch ſo dargeſtellt, als ob die Conſtituenten den Charakter des Uſus in etwas aufgegeben hätten, und vermag daher unſer obiges Princip nicht anzugreifen. Am eigenthümlichſten geſtaltet ſich der Uſus in ſeiner Anwendung auf Heerdenvieh. Labeo wollte daraus nur das Recht auf den Dünger ableiten, Ulpian geſteht aber daneben noch, freilich im Gegenſatz zu den Inſtitutionen[kk]), mit Berufung auf die Nothwendigkeit einer benigna interpretatio letztwilliger Verfügungen dem Uſuar ein mäßiges Quantum Milch zu, wogegen aber auch er ihm die Jungen und die Wolle der Schafe durchaus abſpricht[ll]). Man hat den innern Grund dieſes Unterſchiedes vielfach verkannt, oder wohl gar ganz das Vorhandenſein eines ſolchen geleugnet, und doch ergiebt er ſich mit Nothwendigkeit aus dem Begriffe des Uſus. An der Milch mußte man dem Uſuar ein Recht gewähren, nachdem man ihm, falls der Uſus an einem Grundſtück haftete, einen Anſpruch auf das dort gezogene Korn u. ſ. w. gegeben hatte; aber man konnte es auch wieder nur ſoweit, als der Uſuar ſie unmittelbar in ſeinem Haushalte verwenden konnte, und nicht, um ſie verkaufen zu laſſen, und deßhalb ſpricht Ulpian auch nur von modicum lac. Die Wolle aber wird da, wo ſie ihrem regelmäßigen Zwecke gemäß, an den die Conſtituenten ja wahrſcheinlich allein dachten, verwandt wird, zu Kleidern verwebt; dadurch könnte ſie nun allerdings unmittelbar für die Perſon des Uſuars nützlich werden, und die Schwierigkeit, welche es machen würde, zu controliren, ob nun auch wirkich grade die beſtimmte vom uſuariſchen Schafe bezogene Wolle zu dem Kleide des Uſuars verwandt wird, könnte es allein noch nicht herbeiführen, daß der Uſus

ii) § 3 J. de usu; l. 12 § 4 de usu.

kk) § 4 J. de usu.

ll) L. 12 § 2 de usu.

nicht auch dieſe Wolle ergriffe. Aber ein wollenes Kleidungsſtück iſt nicht etwas, was man alsbald verbraucht, wie die Lebensmittel, ja ſelbſt nicht etwas, was regelmäßig mit jedem Jahr nothwendig erſetzt werden muß, ſo daß bei jeder neuen Schafſchur die Reſultate der vorigen vom Uſuar conſumirt wären, ſondern es würde durch daſſelbe das Vermögen des Uſuars dauernd vermehrt und darum der Begriff des Uſus verlaſſen ſein, wenn er auch darauf einen Anſpruch gewähren ſollte..

Ueber die Grenzen deſſelben hinaus geht eine von Pomponius in l. 22 de usu berichtete Entſcheidung Hadrians, die lautet:

> Divus Hadrianus, quum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque iis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.

Wenn man beim usus silvae ſtrenge an den Begriff des Uſus hätte feſthalten wollen, ſo würde der Uſuar neben dem allerdings meiſten Theils werthloſen Recht, darin ſpaziren zu gehen, auch die Befugniß haben, dort Holz zu ſchlagen, aber nur ſo weit, als er es für ſeinen Haushalt als Brennholz verwenden kann, (lignum ad usum quotidianum)[mm]; erhielte er auch Bau- oder Nutzholz, ſo führte das zu einer dauernden Bereicherung, wie ſie ihm nicht zuſteht. Bei der großen Bedeutung, die in unſerm Leben das Brennmaterial einnimmt, würden wir geneigt ſein, in dem Legat, welches uns den freien Bezug deſſelben ſichert, eine werthvolle Bedenkung zu ſehen, die zum vollen Dank gegen den Teſtator verpflichte; die Römer mußten die Sache anders anſehen und wenigſtens in den Fällen, die Hadrian im Auge hatte, mußte der Brennholzbezug, weil etwa die Uſuare keinen eigenen Heerd hatten, oder der in Italien ohnehin geringere Bedarf mit ſo geringen Koſten befriedigt werden konnte, einen ſo untergeordneten Factor im Leben der Honorirten bilden, daß man nicht annehmen konnte, daß die Erleichterung deſſelben die einzige Abſicht der Teſtatoren geweſen ſei, und deßhalb hielt ſich Hadrian verpflichtet, den Worten des Teſtaments einen Sinn zu unterlegen, welcher das Legat zu dem eines Uſusfructs machte. In ähnlicher

mm) Arg. leg. 12 § 1 de usu.

Weiſe erkannten in einem andern Falle eine Reihe von Juriſten, indem nach Julian, Pomponius und Ulpian das Legat eines Uſus an Geld oder ſonſtigen Conſumtibilien als das Legat eines Uſusfructs angeſehen werden ſollte, eine Entſcheidung, die um ſo begründeter war, als das Inſtitut des Uſus ſeiner Natur nach auf Conſumtibilien nur gewaltſam anwendbar wär. Denn wenn der Uſuar von den Zinſen des Geldes u. ſ. w. auch nur ſo viel brauchen ſollte, als er für ſein regelmäßiges Bedürfniß nöthig hatte, ſo mußte er doch in die Möglichkeit verſetzt ſein, jeden Augenblick, wenn das Bedürfniß eintrat, das Geld anzugreifen, und alſo würde er verlangen können, daß es ihm beim Anfang des Uſus herausgegeben würde. Damit müßte es aber in ſein Eigenthum übergehen, da der Cautionsberechtigte auch hier nur tantundem nicht idem würde fordern können, und damit würde der Letztere alles Intereſſe daran verlieren, ob der Uſuar es wirklich ganz oder nur zum Theil für ſeine Zwecke benutzt. Die einzige Möglichkeit, ein uſuariſches Verhältniß am Gelde zu conſtruiren, beſtände nur darin, daß das Geld theilweiſe in den Händen des ſeitherigen Eigenthümers bliebe, und der Uſuar, wenn er es haben wollte, beweiſen müßte, daß die Zinſen des ſeither Empfangenen nicht zu ſeinem regelmäßigen Bedürfniß hinreichen und daß er dagegen verſprechen müßte, ſchon theilweiſe zu reſtituiren, wenn ſich ſein Bedürfniß mindert. Wollen aber die Conſtituenten Derartiges, ſo hätten ſie es wohl ausdrücklich anordnen müſſen, und dann bliebe noch die Schwierigkeit, zu beſtimmen, wie groß grade immer das Bedürfniß des Uſuars im Sinne der Conſtituenten ſei, da es für eine ſolche Entſcheidung ſo ganz an äußern Anhaltspunkten fehlt, und der Uſuar auch die größten Geldſummen noch immer mit Nutzen in ſeinem Dienſte würde verwenden können. Darum hatten jene Juriſten gewiß Recht, wenn ſie die kurze, unbeſtimmte Anordnung eines Uſus an Geld als die eines Quaſiuſusfructs daran anſahen.

Wir haben bei Prüfung der einzelnen Entſcheidungen über den Inhalt der servitus usus, wenn wir von den beiden zuletzt beſprochenen bewußten Abweichungen von dem Begriff derſelben wegen Mängel der Vorausſetzungen, und ebenſo von der oben erwähnten geringen Anomalie beim Uſus eines Hauſes abſehen, überall unſere

obige Begriffsbeſtimmung beſtätigt gefunden, und können daher den Uſus als eine Schöpfung anerkennen, die aus Elementen der Realſervituten und des Uſusfructs hervorgegangen iſt. Von jenen dürfen aber nur die Regeln herübergenommen werden, welche ſich auf die ſeither beſprochenen Beſchränkungen der Nutzungsbefugniſſe beziehen; im Uebrigen muß die Analogie des Uſusfructs überall entſcheiden, wo nicht die Eigenthümlichkeit des Uſus Abweichungen nöthig macht. Dies wird in den Quellen durchaus anerkannt hinſichtlich der Lehre von der Entſtehung und dem Untergang des Uſus nn), nur daß eine theilweiſe Beſtellung deſſelben oder ein theilweiſer Untergang unmöglich iſt oo). Das rechtfertigt ſich aus dem, was wir oben [§ 55 S. 540] über die Gründe der Theilbarkeit des Uſusfructs geſagt haben, die wir dort ja mit dem Satz in Zuſammenhang brachten, daß der Uſufructuar jede einzelne Ausübungsbefugniß Andern übertragen kann. Das ſteht dem Uſuar nicht zu, und ſo müßte er, hätte er nur einen halben Uſus, auch ſelbſt jede Gebrauchshandlung nur zur Hälfte ausführen, und ebenſo der Uſuar der andern Hälfte, was aber eine Unmöglichkeit iſt. Durch dieſen Satz wird jedoch nicht ausgeſchloſſen, daß Zweien oder Mehreren an ein und derſelben Sache ein Uſus beſtellt werden kann, ſei es in der Weiſe, daß der Ertrag der Sache ſo bedeutend iſt, daß wenn der Einzelne ſein Bedürfniß damit befriedigt hat, doch genug übrig bleibt, daß noch Einer oder mehrere Andere daran ebenfalls ihren Bedarf befriedigen können, ſei es, daß jeder der mehreren Uſuare von Anfang an nur einen beſchränkten Uſus erhält und nur einen Theil ſeines Bedarfs

---

nn) Pr. J. de usu II, 5; l. 3 § 3 de usufr. 7, 1; l. 1 § 1 de usu. Man hat freilich behaupten wollen, der Uſus gehe wie die habitatio nicht durch non usus verloren, aber dies kann aus der dafür angeführten l. 10 pr. daſelbſt nicht gefolgert werden und jene allgemeine Regel ſpricht entſchieden dagegen. Zachariä von Lingenthal (die Unterſcheidung zwiſchen serv. rusticae und urbanae (S. 68) theilt auch ein Fragment des Pandectencommentars mit, der wahrſcheinlich von dem unter Juſtinian lebenden Anteceſſor Stephanus ſtammt, worin aus Papinians und Ulpians Ausſprüchen gefolgert wird, daß ſich der Uſus darin von der habitatio ſcheide, daß er durch Nichtgebrauch untergehe.

oo) L. 19 daſelbſt.

aus der uſuariſchen Sache beziehen ſoll. Eine ſolche Beſchränkung wird ſchon immer vorhanden ſein, wo Mehreren gleichzeitig ein Uſus an einer Sache beſtellt wird, welche für ſie Alle nicht hinreicht. Wie zwiſchen dieſen mehreren Uſuaren kein communionsartiges Verhältniß entſteht, wie aber doch ein utile iudicium communi dividundo im Falle von Zwiſtigkeiten unter einander erhoben werden kann, folgt aus dem § 7 S. 73 Geſagten. Eine ſinguläre Eigenthümlichkeit des Uſus, die auch als ſolche in den Quellen durchaus aufgefaßt und als vom Prätor aus Nützlichkeitsgründen eingeführt dargeſtellt wird, kann in dieſem Falle eintreten, indem der Richter, wie wir ſchon früher § 26 S. 223 beſprachen, die Machtvollkommenheit hat, zur Abſchneidung der Streitigkeiten dem Einen der Uſuare gegen Geldentſchädigung an die Anderen die Ausübung der Befugniſſe dieſer zu überweiſen.

Mit der Untheilbarkeit des Uſus ſteht es auch in Verbindung, daß das dem Uſusfruct eigenthümliche Accrescenzrecht bei ihm keine Anwendung findet[pp]), indem, wenn Mehreren an einer Sache ein Uſus legirt iſt, keinerlei Band unter denſelben beſteht, welcher ein ſolches rechtfertigen könnte, ja wenn ſich dieſe mehreren Uſuare gegenſeitig in ihrer Nutzungsbefugniß beſchränken, ſo bleibt dieſe Beſchränkung auch beſtehen, wenn einer oder der andere der Uſuare wegfällt, da der Teſtator eben nur einen ſolchen beſchränkten Uſus legirt hat. Wollte er, daß nach dem Wegfall des Einen die Befugniß des Andern ſich erweitern ſolle, ſo hätte er das ausdrücklich anordnen müſſen, und wird man für eine derartige Veränderung eines einmal conſtituirten Uſus nicht vermuthen können.

---

pp) Grieſinger hat in einer Schrift („Theoretiſcher Beweis, daß das Anwachſungsrecht bei der Perſonalſervitut des usus ſtattfinden könne. Stuttg. 1794") die entgegengeſetzte Anſicht ausgeführt, und ihm folgen Manche, z. B. von Bangerow, Leitfaden By. II § 534; aber ſie gehen dabei von der Anſicht aus, daß wenn Mehreren ein Uſus an derſelben Sache zuſtehe, dies nur dadurch civiliſtiſch möglich werde, daß jeder von ihnen zwar einen ganzen Uſus, aber nur an einem ideellen Theile der Sache habe. Aber ein ideeller Theil iſt doch ein ganz unbrauchbares Ding, welches nur benutzt werden kann, wenn die ſämmtlichen Innehaber ideeller Theile Einem die Benutzung geſtatten, was nach den Ausführungen des Textes nicht möglich iſt.

Mit dem Ususfruct theilt der Usus die Cautionslast, und hatte der Prätor ausdrücklich eine entsprechende Aenderung der usufructuarischen Cautionsformel hierfür angeordnet [qq]). Die nahe Verwandtschaft zwischen beiden Instituten und die mancherlei Vortheile, welche die Caution für den Eigenthümer hatte, führte dahin, dies erprobte Mittel auch alsbald auf den Usus zu übertragen, wenn gleich die Gründe, welche dasselbe beim Ususfruct nach unserer früheren Darstellung entstehen ließen, hier nicht immer alle vorhanden sind. Denn grade daraus, daß der Usufructuar neben dem Quasibesitz seines Rechtes die Detention der körperlichen Sache erhält und sie also ganz der Einwirkung und Aufsicht des Eigenthümers entzieht, leiteten wir das Bedürfniß eines besondern Sicherungsmittels des Letztern ab, wie es bei den Realservituten unnöthig ist; die Detention der Sache geht aber unsers Erachtens, wenn gleich man das Gegentheil zu lehren pflegt, keineswegs immer auf den Usuar über, wenn gleich keine Stelle unserer Quellen auf diesen Unterschied ausdrücklich aufmerksam macht [rr]). Wo aber der Usuar nur einzelne, verhältnißmäßig untergeordnete Befugnisse der usuarischen Sache gegenüber geltend zu machen hat, und z. B. auf dem Gute nur wohnen und spazieren gehen kann, der ganze landwirthschaftliche Betrieb aber in den Händen des Eigenthümers bleibt, da muß man auch zugestehen, daß dieser nach wie vor in der Detention der körperlichen Sache sei und der Usuar nur den Quasibesitz an seinem Rechte habe, wie ihn die Realservitutberechtigten zu haben pflegen, und wenn er daher diesen seinen Besitzstand überschreitet und Befugnisse, die ihm nicht zukommen, an der Sache in Anspruch nimmt, so wird der Eigenthümer ihn nöthigenfalls gewaltsam daran verhindern können und bedürfte der Caution nicht, um sich dem gegenüber zu schützen. Oft

qq) L. 5 § 1 usufruct. quemadm. 7, 9. Ulpianus. — Sed si usus sine fructu legatus erit, ademta fructus causa satisdari iubet Praetor; hoc merito, ut de solo non, non etiam de usufructu caveatur.

rr) Nur Papinian fühlt das Bedürfniß, in l. 11 usufruct. quemadm. 7, 9 darauf hinzuweisen, wie der Usuar einer Wohnung auch dann Caution stellen müsse, wenn er mit dem Eigenthümer im Hause zusammenwohnen solle, also die ausschließliche Detention des Hauses gar nicht auf ihn übergegangen ist.

aber wird die Detention der körperlichen Sache auch auf den Usuar übergehen. Das leuchtet am ersten ein bei beweglichen Sachen, wenn derselbe ihre ganze Nutzbarkeit für seine Zwecke in Anspruch nimmt, und z. B. die Sklaven in seinem Hause hält, um sie ganz zu seinen Diensten zu verwenden; dasselbe ist aber auch bei unbeweglichen Sachen möglich, wenn, wie es vorkommen kann [vgl. l. 15 pr. de usu], durch den Usuar der ganze Ertrag des Gutes in Anspruch genommen wird und demnach keine Handlung des Eigenthümers dort mehr geduldet zu werden braucht ss). Aber auch, wenn diesem noch eine oder die andere vereinzelte Befugniß geblieben ist, indem er z. B. noch auf einem großen im Usus befindlichen Gute einen Steinbruch benutzen kann, auf den ja der Usuar keinen Anspruch haben wird, so wird man doch die Detention des Ganzen dem Usuar zugestehen müssen und der Eigenthümer wird nur in seinen einzelnen Befugnissen mit seinen Besitzinterdicten geschützt und darf den Usuar in Nichts, was nicht die bestimmten ihm gebliebenen Befugnisse berührt, mit Gewalt hindern. Denn es wäre unbillig, wenn nicht der Usuar, der die Sache fast in allen Beziehungen ausbeuten darf, sie auch nach Art des Usufructuars zu vertreten hätte, und dazu muß er, wie dieser, Detentor des Körpers sein. Die Grenze zu finden, wo die Detention des Usuars beginnt und die des Eigenthümers aufhört, kann allerdings in den einzelnen Fällen höchst schwierig sein; im Zweifel wird man jedoch immer dafür sein müssen, daß die Detention bei dem geblieben ist, bei welchem sie früher war, also beim Eigenthümer. Bei unbeweglichen Sachen wird dann auch oft eine verschiedene Detention an den verschiedenen Theilen angenommen werden dürfen, so daß der Usuar die Theile des Guts, welche ihm zur Erzielung der ihm zukommenden Früchte überwiesen sind, ausschließlich detinirt, während die Theile, an denen er nur einzelne Befugnisse hat, wie z. B. etwas Obst zu pflücken und die, welche der Eigenthümer ganz ausschließlich beerntet, unter dessen Botmäßigkeit stehen.

ss) Hier wiederholt sich die sacrale Vorschrift des Pomponius in l. 16 de usu, wonach der Eigenthümer das usuarische Haus oder Landgut durch einen insularius oder colonarius bewachen lassen darf. Für diesen Fall gilt hier denn auch das oben [§ 51 S. 456 Anm. d] Gesagte.

Was weiter die Laſten betrifft, welche auf der uſuariſchen Sache haften, ſo findet ſich dafür nur eine Entſcheidung[tt]), wonach beim Uſus an einem Hauſe die Inſtandhaltung des Daches dem Uſuar und dem Eigenthümer obliege; wenn aber der Letztere einen Geldertrag aus dem Hauſe ziehe, ſo habe er allein die Verpflichtung — wenn dies nicht der Fall ſein könne, ſo liege ſie allein dem Uſuar ob. Alſo erſt wenn der Eigenthümer nichts mehr aus der Sache ziehen kann, wird er von aller Laſt frei; ſo lange er aber noch ſelbſt etwas daran benutzt, kann er möglicher Weiſe auch noch Früchte daraus ziehen, und muß alſo die Laſt ganz auf ſich nehmen. Ein allgemeines Princip habe ich aus dieſer Entſcheidung nicht zu conſtruiren vermocht, vielmehr ſcheint es mir im höchſten Grade unbillig, wenn man dieſelbe generaliſiren und annehmen wollte, daß überall wo der Eigenthümer neben dem Uſuar nur etwas an Früchten ziehe, er allein die ganze Abgabenlaſt, die Reparaturkoſten und was ſonſt zu den Laſten einer Sache gehört, wie ſie doch nach den Ausführungen in § 53 S. 501 von dem Nutznießer getragen werden, auf ſeinen Antheil an den Gewinn der Sache übernehmen müſſe, zumal ſie dieſen Antheil weit überſteigen können. Vielmehr ſcheint mir in den beſondern Verhältniſſen der l. 18 der Grund jener Entſcheidung zu liegen, und läßt ſich nicht leugnen, daß wenn der Teſtator dem Uſuar eine Wohnung in einem größern Hauſe, in dem noch allerlei Miethwohnungen ſind, die Miethzins abwerfen, hat zuwenden wollen er wahrſcheinlich die Abſicht gehabt hat, den Uſuar in eine ähnliche Lage zu ſetzen, wie ſie die Miether durch den Miethvertrag erlangen, und wie dieſe nicht für das Dach Sorge zu tragen brauchen, ſo wollte er auch dem Uſuar nicht eine derartige Laſt aufbürden, ſondern dieſe ſollte beim Eigenthümer verbleiben. Wo ſolche beſondere Umſtände nicht einen abweichenden Willen der Conſtituenten erkennen

---

tt) L. 18 de usu. Paulus. — Si domus usus legatus sit sine fructu, communia refectio est rei in sartis tectis tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet.

Größe verlangt, nicht geſchehen war f). Daß der Werth der Schenkung in den beiden Fällen das in der lex Cincia für formloſe Schenkungen feſtgeſetzte Maaß überſchritt, werden wir dann ſubintelligiren dürfen. Nach Wegfall der Beſtimmungen der lex Cincia haben dieſe Stellen nur noch Gültigkeit, wenn das Wohnungsrecht einen Wert über 400 solidi hat und doch die Inſinuation verſäumt iſt, und wenn ferner, falls wenigſtens die Wohnung alsbald von dem Erben ganz und gar revocirt werden ſoll, die ſeitherige Nutzung derſelben ſchon jenen Werth erreichte, indem ja bis zu dieſem Belauf die Schenkung gültig iſt g). Daß nun die Compilatoren ſich dieſer ſehr beſchränkten Geltung dieſer Stellen bei ihrer Aufnahme bewußt waren, das wagen wir nicht zu behaupten, allein daß wir bloß um dieſer Aufnahme willen, gegen die juriſtiſche Conſequenz und gegen alle äußere Wahrſcheinlichkeit für eine weitere Geltung derſelben und alſo für das Erlöſchen der habitatio beim Tode des Beſtellers uns entſcheiden, dazu wird der Glaube an die Einſicht und Umſicht der Compilatoren uns nicht zu bewegen vermögen. Unwahrſcheinlich wäre eine ſolche Anomalie aber ſchon deßhalb, weil ſie uns nur in ſolchen Stellen berichtet würde, die ihrer Stellung im Corpus Juris nach nur beiläufig dieſe Frage berühren, und ſie dagegen in den ex professo von dieſem Inſtitut handelnden Titeln nirgends auch nur angedeutet würde, trotzdem daß die Vergleichung mit dem Uſus z. B. in der oben abgedruckten l. 10 pr. de usu die beſte Gelegenheit dazu bot, und ebenſo der §. 3 deſſelben Fragments.

Wenn wir ſomit nicht zweifeln können, daß die unbeſchränkt beſtellte habitatio zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten als ein dingliches, unwiderrufliches, für die Dauer des Lebens des Habitators

f) Vgl. von Savigny, Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. Bd. IV. 46. Syſtem Bd. IV. S. 95; von Buchholz Verſuche S. 167—171. — Uebrigens kann es möglich geweſen ſein, daß die lex Cincia die Schenkung einer werthvollern habitatio ganz ausſchloß, indem eine ſolenne Beſtellung derſelben durch in iure cessio vielleicht ganz unmöglich war, weil, wie ſpäter ausgeführt wird, die habitatio nur ein vom Prätor geſchütztes Verhältnis war, auf welches keine civile Klage geſtützt werden konnte, und das daher auch nicht Gegenſtand einer in iure cessio ſein konnte.

g) L. 34—36 C. de don. 8, 54.

Drittes Kapitel.

Die einzelnen Personalservituten.

§. 60.

Habitatio a).

Die habitatio, das Wohnungsrecht, wird nirgends in den Quellen ausdrücklich als Personalservitut aufgeführt, sondern dies wird fast, wie es scheint, absichtlich vermieden b), gleichwohl aber wird sie doch immer im engsten Anschluß an dieselben, namentlich an den Usus,

a) Der Ausdruck habitatio wird, ähnlich wie unser Ausdruck „Wohnung", in den Quellen in verschiedener Bedeutung gebraucht. Einmal bezeichnet er den Ort, wo man wohnt, ist also gleichbedeutend mit Haus z. B. in l. 1 § 2 de aleator. 11.; 5, l. 20 § 2 de instructo vel instrum. leg. 33, 7, sodann das Recht auf eine Wohnung und zwar sowohl das dingliche Recht, wie wir es in diesem § besprechen werden, als auch das durch Miethvertrag u. s. w. erworbene Forderungsrecht z. B. in l. 5, l. 19 § 6, l. 25 § 1, l. 27, l. 28 pr. locatio cond. 19, 2, endlich auch die Geldsumme, um welche man sich ein Wohnungsrecht verschaffen sollte, z. B. in l. 12 § 5 quando dies leg. 36, 2; l. 8 §. 25 de transact. 2, 15. In diesem letztern Sinne wird das Wort in l. 11 de usu leg. 33, 2 gebraucht, wo Julian sagt: Habitationis legatum in annos singulos ab initio anni deberi constat, ein Ausspruch, der, wenn man ihn seiner Stellung in den Pandekten gemäß auf die Personalservitut bezieht, unverständlich bleibt und z. B. auch der l. 15 daselbst durchaus widerspricht. Vgl. hierüber E. Klooß, über die Lehre von der habitatio. Rostock 1839, § 10.

b) Vgl. § 2 J. de reb. incorp. II, 2; l. 1 de serv. 8, 1.

behandelt[c]) und auf die große Aehnlichkeit zwiſchen ihr und dem letzteren hingewieſen. Das geſchieht beſonders auch in der Stelle, welche eine der wichtigſten für dieſe ganze Lehre iſt, in der l. 10 pr. de usu, wo Ulpian ſagt:

> Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consensit libro octavo decimo Quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.

Darnach wird es keinem Zweifel unterliegen dürfen, daß die habitatio wirklich ein dingliches Recht iſt, und zwar, wie ſchon aus dieſer Stelle folgt, des Inhalts, daß man einen Anſpruch auf das Wohnen in einem Hauſe hat. Dieſen Charakter der Dinglichkeit haben freilich eine große Anzahl unſerer Juriſten dadurch in einer Beziehung geſchwächt, daß ſie annehmen, die habitatio ſei beim Tode des Eigenthümers, welcher ſie conſtituirte, alsbald erloſchen, und für dieſen Satz, den man damit in Zuſammenhang bringt, daß dies Recht meiſtens als Almoſen verliehen worden ſei und ein perſönliches Band zwiſchen Habitator und Verleiher vorausgeſetzt habe, beruft man ſich auf die Entſcheidungen Papinians und Scävolas in l. 27 und 32 de donat. 39, 5[d]). Daraus aber, daß in

---

c) Vgl. tit. Inst. de usu et habitatione II, 5; tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8; tit. Dig. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2; tit. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum 3, 33.

d) L. 27. Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi, *habitare in illo coenaculo eoque uti.* Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus; et quum de ea re mecum contulisset, dixi, posse defendi, non menam donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse; quodsi expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, de-

l. 27 der Juriſt die Frage, ob die im vorliegenden Falle conſtituirte Wohnungsgerechtigkeit auch den Erben des Beſtellers gegenüber behauptet werden könne, von der Entſcheidung der anderen Frage abhängig macht, ob eine reine Schenkung vorliege, oder ob dem Errichtungsgeſchäft auch eine andere Seite abgewonnen werden könne, und daß er, nachdem er angedeutet hat, auf welchem Wege dies möglich ſein werde, dem Nicoſtratus Hoffnung auf Erhaltung ſeines Rechts macht, wird man mit Sicherheit ſchließen dürfen, daß nur die ſchenkweiſe Conſtituirung, wenn ſie in der Weiſe geſchah, wie ſie Aquilius Regulus vornahm, Bedenken gegen die Dauerhaftigkeit eines ſolchen Rechts erzeugen mußte, und da im Falle der l. 32, wo ein Wohnungsrecht unbedingt als widerruflich erklärt wird, die Errichtungsweiſe ganz dieſelbe geweſen iſt, ſo wird auch dieſe Entſcheidung aus dem gleichen Grunde hervorgegangen ſein und von ihr nicht auf jede Art von habitatio zurückgeſchloſſen werden dürfen. Schon Cujac ahnte e), daß, da uns keine Gründe bekannt ſind, welche eine ſchenkweiſe Errichtung der habitatio ausſchließen, in den beſondern Beſtimmungen der lex Cincia die Rechtfertigung obiger Entſcheidungen zu ſuchen ſei, und durch die Vatikaniſchen Fragmente finden wir dies, wenn auch in anderer Weiſe, als wie er es ſich dachte, beſtätigt. Denn da in beiden Fällen die Errichtung nur durch einfachen Vertrag vor ſich gegangen war, dem die Ausübung des ertheilten Rechts und alſo Quaſitradition gefolgt zu ſein ſcheint, ſo waren die Anforderungen, wie ſie die lex Cincia ſtellte, nicht befriedigt, indem, ſo lange die Mancipation fehlte, die vollſtändige Abſonderung der geſchenkten Sache vom Schenker, wie ſie jenes Geſetz für Schenkungen einer beſtimmten

---

fendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, *qui usum coenaculi accepit.*

L. 32. Lucius Titius epistolam talem misit: Ille illi salutem. *Hospitio ille*, quamdiu volueris, *utaris* superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistola notam tibi facio. Quaero an heredes *eius habitationem* prohibere possint? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem.

e) Observ. l. 17, c. 33.; l. 21, c. 37.

Gewalt seines Herrn stand, Alimente für diesen vermacht, so soll das allerdings, wie es in l. 42 de cond. 35, 1 heißt, unzweifelhaft ein Legat für den Herrn, nicht für den Sklaven sein, aber der Herr wird doch die Lebensmittel, die er in Folge des Legats erhält, nur so lange fordern können, als er den Sklaven besitzt, und nur auf diesen verwenden können, und will er ihn daher verkaufen, so kann er die Alimentation desselben nur dadurch conserviren, daß er den Anspruch mit dem Sklaven cedirt und ebenso bei der Freilassung des Sklaven an den Freigelassenen abtritt. Daß aber das Legat der Alimente ein Legat zu Gunsten des Herrn sei, wird nur da angenommen worden sein, wo das Interesse des Herrn und des Sklaven dasselbe war und eine Alimentirung des Sklaven auch dem Herrn in Folge der dadurch für ihn eintretenden Ersparung von Vortheil sein mußte. Wo sich ihr Interesse scheidet, nehmen die Juristen auch an, daß das Recht selbständig am Sklaven hafte, z. B. wenn diesem für die Zukunft die Freiheit bestimmt ist, oder er bedingt oder betagt veräußert ist, und der Herr ihn einstweilen hungern lassen könnte, ja dann erkennen sie einen solchen Anspruch auf die Alimente selbst an, wenn der Eigenthümer damit onerirt ist[n]). Ebenso sollen die, welchen Alimente durch Testament hinterlassen sind, diese nicht verlieren, wenn sie in metallum verurtheilt und also Sklaven geworden sind[o]).

Wir finden demnach die Sätze, welche wir vorhin für die habitatio deducirten, durchaus bei den andern Alimenten wieder, und können nun aus den Vorschriften, die für die Letzteren gegeben werden, wieder zurückschließen, daß wenn eine habitatio für jemanden bestellt war, der unter fremder Gewalt stand oder später einer solchen

n) In l. 17 de alim. leg. 34, 1 wird z. B., da Sklaven zur Bewachung eines noch nicht erbauten Tempels legirt und ihnen im Testamente Alimente ausgesetzt waren, dem Erben schon für die Zeit, wo der Tempel noch nicht fertig war, die Zahlung derselben aufgelegt, obgleich doch die Sklaven streng genommen, da das Legat noch nicht in Kraft getreten war, noch in seinem Eigenthum standen. Vgl. einen andern Fall in l. 16 de annuis leg. 33, 1.

o) L. 11 de alim. leg. 34, 1; l. 3 pr. § 1 de his quae pro non scr. 34, 8.

unterworfen wurde, der Gewalthaber, der sie, wie wir oben zeigten, niemals für sich ausüben kann, nur dann als der eigentliche Berechtigte erschien, wenn es die Absicht der Constituenten war, ihn damit zu bereichern, daß dagegen in andern Fällen das Recht dem Haussohn oder Sklaven selbst zustand, und ganz unabhängig von seinen rechtlichen Schicksalen verblieb. Ein ius, wie es das Civilrecht anerkannte, konnte deßhalb die habitatio nicht sein, da es einer der Hauptgrundsätze desselben war, daß Sklaven und Haussöhne nicht die Subjekte von Vermögensrechten sein konnten, und deßhalb vermieden die römischen Juristen es auch wohl mit gutem Grunde, die habitatio als civilrechtliche servitus zu bezeichnen, — sie gehörte vielmehr zu den nur vom Prätor geschützten Instituten, und das ist auch nur der Sinn des viel commentirten und viel mißverstandenen Ausspruchs Modestins in l. 10 de cap. minut. 4, 5, wo er den Satz, daß die durch Legat errichtete habitatio nicht durch capitis deminutio aufhört, mit den Worten rechtfertigt: videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit. Factum steht hier in dem Sinn, in welchem es öfter als das vom Prätor geschützte Rechtsverhältniß dem ius entgegengesetzt wird[p]). Davon wird denn weiter eine Folge gewesen sein, daß die habitatio nicht mit einer solennen confessorischen Klage geschützt war, deren Intention nach der Analogie der usufructuarischen lautete: ius habitationis sibi esse[q]), sondern daß nur eine utilis actio, die in factum concipirt war, darauf gestützt werden konnte, und daß häufig, wo Sklaven oder wo Hauskinder gegen ihren Vater klagten, nur die extraordinaria cognitio des Prätors helfen konnte.

Wenn wir somit eine Reihe von charakteristischen Eigenthümlichkeiten der habitatio aufgefunden haben, so wird es auch leichter sein, uns die Gründe zu veranschaulichen, welche die Entstehung derselben, als eines selbständigen Instituts, herbeiführten. Eine Verpflichtung zur Alimentirung kannte das älteste Recht durchaus nicht; wohl mag es früher Sitte gewesen sein, manche Personen zu alimentiren und zwar nicht nur Verwandte, sondern namentlich auch

p) Vgl. Chr. Fr. Glvers in dem citirten Aufsatz.

q) L. 5 pr. si usufruct. petat. 7, 6.

Klienten und Freigelaſſene. Auffallend oft wiederholen ſich Entſcheidungen über Alimente zu Gunſten der Letztern, und auch die habitatio wird häufig als ein Recht erwähnt, welches Freigelaſſenen ertheilt war[r]). Wie die übrigen Alimente, ſo konnte auch die freie Wohnung urſprünglich gewiß jeden Augenblick vom Geber zurückgezogen werden; aber von dieſem Recht wird ſelten Gebrauch gemacht ſein, und die Sitte verbot es vielleicht ſchon, den einmal Aufgenommenen wieder auszutreiben. Als nun aber die Teſtatoren anfingen, die habitatio zu vermachen, ſo mußte man darum auch anerkennen, daß ſie ein unwiderrufliches lebenslängliches Recht beabſichtigt hatten[s]), und da nun der Prätor denſelben Schutz, den er allen Anſprüchen auf Alimente gewährte, auch auf dieſe einzelne Form der Alimentirung ausdehnte, ſo gewann dies Inſtitut jenen oben dargeſtellten eigenthümlichen Charakter. Unangefochten gelangte es freilich nicht dazu. Juſtinian hat uns in ſeiner l. 13 C. de usufr. 3, 33 einige der Streitfragen aufbewahrt, welche über die habitatio durchgekämpft wurden. Darnach hatten nicht nur manche Juriſten verſucht, ſie unter den Begriff des Uſus oder Uſusfructs unterzubringen[t]), ſo daß Juſtinian ſich nochmals zu der Entſcheidung veranlaßt ſieht: ius proprium et specialem naturam sortita est[u]), ſondern in manchen Fällen, wo ein Teſtator eine habitatio

r) So in l. 5 § 1 de his, qui effud. 9, 3; l. 18 de usu leg. 33, 2.

s) Nach l. 10 § 3 de usu hat ein Rutilius namentlich für die Anerkennung dieſes Satzes gewirkt; wahrſcheinlich iſt dies nicht Rutilius Maximus, aus deſſen lib. sing. ad leg. Falcid. die l. 125 de leg. I, 30 entnommen iſt, und der vielleicht erſt der ſpätern Zeit der klaſſiſchen Juriſten angehört, ſondern der hier von Celſus und Ulpian citirte Rutilius iſt vielleicht entweder der bekannte Staatsmann P. Rutilius, der die bonorum venditio einführte (Gaius IV, 35) und 649 Conſul war, oder ein anderer Publius, der 664 Conſul war. Vgl. über dieſe beiden Rudorf zu Rum. v § 179 von Puchta's Inſtitutionen.

t) Dazu ſcheint auch Pomponius gehört zu haben, der in l. 32 de usufr. 7, 1 entſcheidet, daß wenn ſich der Verkäufer eines Hauſes darin eine habitatio vorbehalte, dies als Uſus am Hauſe aufzufaſſen ſei.

u) So bezeichnet er ſie auch in den Inſtitutionen § 5 de usu II, 5 als quasi proprium aliquod ius.

angeordnet hatte, waren ſogar Zweifel entſtanden, ob nicht das Eigenthum an dem bezeichneten Hauſe habe übertragen werden ſollen, da ja das Wort habitatio oft das Haus ſelbſt bezeichnete (vgl. Anm. a), und dieſes daher ganz und gar vermacht ſein könnte; Juſtinian will dieſe Auslegung nur da zugelaſſen haben, wo aus den klarſten Beweiſen [evidentissimis probationibus] eine derartige Abſicht des Teſtators erhelle. Sodann war auch die Frage aufgeworfen, ob der Habitator das Recht habe die Wohnung ganz und gar zu vermiethen; die wahrſcheinliche Abſicht der Conſtituenten, die Analogie des Uſus ſprach durchaus dagegen; daß man den Anſpruch auf Alimente veräußern konnte, ſprach dafür. Allein der erſtere Geſichtspunkt hätte überwiegen müſſen, weil da, wo das Recht auf Alimente aus einer Forderung beſteht, es allerdings jedem und namentlich dem Verpflichteten rechtlich gleichgültig ſein muß, an wen er die einzelnen Präſtationen macht, wenn dieſe deßhalb denſelben Charakter behalten, während es dagegen für den Eigenthümer ein großer Unterſchied ſein kann, ob ein beliebiger Dritter das Wohnungsrecht an ſeinem Hauſe ausübt, oder der Habitator ſelbſt, zu dem er vielleicht ein perſönliches Pietätsverhältniß hat. Und grade unmittelbar an die Perſon des Habitators dachten die Conſtituenten, ſo daß ja nicht einmal der Gewalthaber deſſelben das Recht ausüben ſollte. Deßhalb ſcheint ſich auch die Majorität der römiſchen Juriſten durchaus für die Unveräußerlichkeit der habitatio erklärt zu haben, wie es Ulpian in der oben abgedruckten l. 10 pr. de usu thut, und Juſtinian, der ſich in der l. 13 C. für die entgegengeſetzte Anſicht entſcheidet und das Vermiethen der Wohnung erlaubt, kann für ſich nur Marcellus anführen[x]). Er begründet ſeine Entſcheidung, die er als ein „declinare ad humaniorem sententiam“ bezeichnet, mit den Worten: Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat? — das iſt aber ein Grund, der in gleicher Weiſe auch zu der Veräußerlichkeit des Uſus hätte führen müſſen, und der die wahrſcheinliche Abſicht der Conſtituenten ganz außer Augen ſetzt. Juſtinian ſcheint übrigens mehr, als er es ausſpricht, dadurch bewogen zu ſein, daß

x) § 5 J. de usu II, 5.

bei der ſpätern Entwicklung des römiſchen Rechts, in Folge deren auch Hausſöhne uſufructuariſche und uſuariſche Rechte erwerben konnten, die ihnen nach dem Erlöſchen der patria potestas verblieben, in Folge deren ferner die capitis deminutio minima nicht mehr dieſe Rechte aufhob, während die capitis deminutio maxima und media bei den ganz veränderten öffentlichen Verhältniſſen außer Gebrauch zu kommen begann, und in Folge deren ſich endlich auch die Unterſchiede in den Klagen mehr verwiſchten, das eigenthümlich Charakteriſtiſche der habitatio in den Hintergrund zu treten anfing und bei oberflächlicher Betrachtung Zweifel entſtehen konnten, ob ſie ſich vom Uſus überhaupt ſcheiden laſſe. Deßhalb mochte Juſtinian es für nöthig halten, den Inhalt der Befugniſſe des Habitors anders zu conſtruiren, als den der uſuariſchen Befugniſſe. Juſtinian geſtattet ausdrücklich aber nur das Vermiethen der Wohnung, und es iſt beſtritten, ob man daraus folgern darf, daß dem Habitator jede Art von Veräußerung frei ſtehe. Man wird bei der Entſcheidung dieſer Streitfrage berückſichtigen müſſen, daß der Zweck, welchen die Conſtituenten im Auge hatten, die theilweiſe Alimentirung des Habitators, durch die Vermiethung nach nicht gänzlich vereitelt wird, indem der Miethertrag zur Beſchaffung einer andern, vielleicht bequemern Wohnung verwandt werden kann, — daß aber dann, wenn der Habitator ſein Recht verſchenken würde, dieſer Zweck gar nicht erreicht werden würde, und daß deßhalb die Conſtituenten eine ſolche Verſchenkung ſicherlich nicht geſtatten wollten; der Eigenthümer braucht ſie ſich alſo auch nach Juſtinian nicht gefallen zu laſſen, und es gilt in dieſer Beziehung noch Ulpians oft erwähnte l. 10 pr. de usu. Wird dagegen die habitatio für eine einmalige Gegenleiſtung verkauft oder vertauſcht, ſo wird jene Verwendung der empfangenen Sachen zur Beſchaffung einer Wohnung noch immer möglich ſein und der Eigenthümer wird daher eine derartige Veräußerung nicht verhindern können w); nur da, wo das Wohnungsrecht durch letztwillige Verfügung hinterlaſſen iſt, werden die Beſtimmungen, welche über die

w) Kann die habitatio verkauft werden, ſo muß ſie auch verpfändet werden können, und ſind dann die Wirkungen dieſelben, wie bei der Verpfändung eines Uſusfructs. Vgl. Büchel, civilrechtl. Erörterungen Bd. I S. 97.

Veräußerung hinterlaſſener Alimente gegeben ſind, beſchränkend einwirken, und während dieſe die Vermiethung nicht berührten, weil das Senatusconſult nur verhindern wollte, daß nicht leichtſinnig ſtatt des dauernden Unterhalts eine einmalige Präſtation angenommen werde[x]), wird dagegen jede ſonſtige Veräußerung der richterlichen Beſtätigung bedürfen, und dieſe darf nur ertheilt werden, wenn der Ertrag wirklich dem Habitator die verlorene Wohnung zu erſetzen vermag[y]). Bis zu dieſer Beſtätigung wird auch der Eigenthümer das Recht des Dritten auf die Wohnung nicht anzuerkennen brauchen.

Was die ſonſtigen Befugniſſe des Habitators, ſeine Verpflichtungen und ſein ganzes Verhältniß zum Eigenthümer betrifft, ſo wird da überall die Analogie des Uſus entſcheiden müſſen. Jn. l. 5 § 3 usufructuar. quemadm. 7, 9 wird nur beſtimmt, daß der Habitator zu caviren habe, wie der Uſufructuar und Uſuar caviren müſſe. Weitere Entſcheidungen enthalten unſere Quellen hierüber nicht. Entſtehung durch Legat wird dort überall vorausgeſetzt, aber es möchte kein Grund vorhanden ſein, um die habitatio nicht auch durch Geſchäfte unter Lebenden entſtehen zu laſſen. Die in iure cessio als fingirte Klage wird allerdings nicht zur Errichtung haben benutzt werden können, da ja überhaupt keine civile Klage zum Schutz dieſes Inſtituts gegeben war[z]); wo aber ein ſolches Recht einmal mit Uebereinſtimmung des Eigenthümers geübt war, wird der Prätor auch hier ſeinen Schutz nicht entzogen haben, und die Interdicte werden ihm für dieſen Fall auch ausdrücklich in der oben beſprochenen l. 27 de don. 39, 3 zugeſtanden. Seitdem die habitatio durch Stellvertreter ausgeübt werden kann, wird ſie den theilbaren Rechten beizuzählen ſein und ſich alſo darin vom Uſus ſcheiden und dem Uſusfruct annähern [vgl. § 55 S. 542][aa]). Daß die habitatio

x) L. 8 § 25 de transact. 2, 15.

y) L 8 daſelbſt.

z) Vgl. auch von Savigny Syſtem Bd. II, S. 113.

aa) Bis Juſtinian die habitatio veräußerlich machte, war ſie natürlich untheilbar und das Accrescenzrecht des Uſusfructs fand bei ihr keine Anwendung; es iſt unrecht, wenn man aus l. 34 pr. de usu leg. 33, 2 eine andere Regel ableiten will, indem dieſe Stelle nur in einem ſpeciellen Fall den Willen des Teſtators

nicht ſchon wie der Uſusfruct in Folge von Nichtgebrauch untergeht[bb]), iſt eine Folge ihrer ſelbſtändigen Entwickelung; auf ſie iſt dieſe, wie wir § 40 S. 367 ff. wahrſcheinlich machten, durch ſpecielle geſetzliche Vorſchrift für den Uſusfruct und die älteſten Formen der Realſervituten eingeführte Erlöſchungsart niemals ausgedehnt worden. Die usucapio libertatis aber, die, wie wir § 40 S. 360 ff. ausführten, aus einer analogen Anwendung eines Satzes der zwölf Tafeln entſtehen mußte, wird auch dieſem Inſtitut gegenüber wirkſam geweſen ſein. Ausdrücklich anerkannt wird dies hier freilich nicht, wohl aber für die operae servorum, die in vielfachen Beziehungen der habitatio gleich behandelt werden und auch nicht durch non usus erlöſchen ſollen. In Beziehung auf dieſe ſagt Ulpian in l. 2 de usu leg. 33, 2 am Ende: sed servo usucapto legatum perit, was wir, da die Römer die possessio libertatis doch nur als eine beſonders qualificirte possessio der dienenden Sache auffaßten [vgl. S. 366] und demgemäß auch dieſe ſelbſt uſucapiren ließen, auf die usucapio libertatis werden beziehen dürfen. Wenn wir der Stelle einen andern Sinn unterlegen, wie z. B. Unterholzner, ausführliche Verjährungslehre Bd. II S. 217 es thut, werden wir vergebens nach einer Begründung deſſelben ſuchen. Dieſe Erlöſchung durch usucapio libertatis wird jedoch bei einer Art der habitatio nicht vorkommen können, und das iſt vielleicht Veranlaſſung, daß dieſer ganze Erlöſchungsgrund nicht bei der habitatio, ſondern nur bei den operae servorum beſprochen wird, da es ſich grade um die Art handelt, welche in dem Titel de usu et habitatione nur allein beſprochen wird. Iſt nämlich ein Wohnungsrecht durch teſtamentariſche Verfügung hinterlaſſen, ſo hat der Charakter deſſelben als hinterlaſſener Anſpruch auf Alimente [ſiehe oben S. 631] Ungültigkeit jeder Veräußerung zur Folge, die nicht vom Richter beſtätigt iſt, und dadurch wird die Verjährung hier unmöglich ſein. Die operae servorum gehören nicht zu den Alimenten, deren Veräußerung unterſagt iſt, und darum hat die usucapio libertatis bei ihnen einen größeren Spielraum.

---

dahin interpretirt, daß er bei Beſtellung mehrerer Wohnungsrechte verfügt habe, daß wenn eins erlöſcht, die der Andern einen weitern Umfang annehmen ſollen.

bb) L. 10 pr. de usu 7, 8.

§. 61.

Operae servorum et animalium.

Nur ſehr Weniges wird uns von dieſem Inſtitut in den Quellen berichtet, und es iſt kaum möglich, daraus ein genügendes Bild deſſelben zu entwerfen. Die l. 5 de operis serv. 7, 7 des Terentius Clemens, der ſich hier, wie anderswo[a]) als getreuer Nachfolger Julians bewährt, ſtellt den Satz auf:

> Operis servi legatis usum datum intelligi, et ego didici, et Julianus existimat.

ein Satz, den auch Juſtinian wenigſtens ſtillſchweigend zu billigen ſcheint, indem er ihn in einer unzweideutigen Faſſung in dieſen Titel aufgenommen hat, ohne eins der direct entgegenſtehenden Zeugniſſe anderer Juriſten hinzuzufügen, und indem er in den Inſtitutionen dies Inſtitut ganz übergeht und es genügend findet, wenn er von Uſus und Uſusfruct redet[b]).

Dagegen ſagt Paulus in l. 1 § 9 ad leg. Falc. 35, 2:

> — operis servi legatis, . . neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur.

und zwei Regeln, die Juſtinian trotz der erſteren l. 5 in das Corpus Juris und zum Theil in den Titel de operis servor. aufgenommen hat, beweiſen, daß die Auffaſſung des Paulus eine wohl begründete iſt. Denn in der l. 2 dieſes Titels ſagt Ulpian, daß die legirten operae durch capitis deminutio nicht erlöſchen, was Papinian in l. 2 de usu leg. 33, 2 beſtätigt, indem er zugleich erklärt, daß ſie nicht durch non usus, wohl aber durch usucapio libertatis untergehen[c]), und ferner auch, daß der durch ein Legat derſelben Berechtigte, ſie vermiethen oder wenn der Sklave ſeine

---

a) L. 6 de vulg. et pup. substit. 28, 6.

b) Im Codex lautet allerdings die Ueberſchrift des Titels 3, 33: De usufructu, et habitatione et ministerio servorum. Allein die einzige Stelle, welche das ministerium servorum erwähnt (l. 9), redet von einem Uſusfruct an Sklaven, und von dem Anſpruch auf die Bedienung, welcher daraus fließt, ſo daß auch die Ueberſchrift nicht auf das Inſtitut der operae servorum bezogen werden darf.

c) Vgl. den Schluß des vorhergehenden § 60.

nicht schon
geht[bb]),
diese, v
gesetz
der
w

Lohn beanspruchen könne, was sich
anders verhält. Endlich stellt Ulpian
auffallenden Satz auf, er sagt:
fructuarius non est, ad *heredem suum*
legatum transmittit, sed servo usucapto legatum
perit.

Zu einigen dieser Sätze scheint die Analogie der habitatio den Schlüssel bieten zu können. Die ähnliche Behandlungsweise in den Quellen, wo die operae nie als Personalservitut bezeichnet und doch im Anschluß an Ususfruct und Usus behandelt werden, weisen darauf hin, daß auch sie nicht ein Institut des ius civile, sondern nur ein vom Prätor geschütztes Verhältniß sind. Da sie nicht durch capitis deminutio erlöschen, konnten sie Haussöhnen und Sklaven zustehen und hatten also eine ähnliche Stellung, wie die andern Rechte, die nur die natürlichen Alimente schaffen sollten. Allerdings wird sonst die Bedienung durch Sklaven nicht zu dem gerechnet, was der Mensch zu seiner Lebens-Nothdurft bedarf, und dahin gehören regelmäßig nur Kleider, Nahrung und Wohnung; aber in den Zeiten des allgemeinen Reichthums und Luxus mochte man es sich kaum denken können, wie ein anständiger Mann ohne diese Bedienung leben könne, und das machte vielleicht den Prätor geneigt, auch das Recht, welches diese sichern sollte, unter seinen besondern Schutz zu nehmen und den andern Ansprüchen auf die nöthigen Bedürfnisse gleich zu stellen[d]). Die eigenthümlichen Verhältnisse der Sklaverei werden es ferner erklärlich machen, wenn hier schon von den klassischen Juristen unbestritten gestattet wurde, daß der Berechtigte die Dienste vermiethen dürfe, während sie zauderten, dem Habitator ein solches Veräußerungsrecht zuzugestehen. Denn ein Haus konnte man zuschließen, wenn man es einmal nicht brauchte, ohne daß es dadurch Schaden nahm, und wollte man die geringen Lasten, die daran klebten, nicht tragen, so konnte man dem Eigenthümer die Benutzung zeitweise überlassen, um davon frei zu werden [vgl. § 53 S. 510]. Der Sklave aber begehrte täglich bedeutende Unterhaltungskosten, hatte man ihn vom Wohnort des Eigenthümers fortgeführt, so war eine zeitweilige

d) Von Savigny a. a. O. S. 112.

Rückgabe an den Herrn nicht gut thunlich, und ein Sklave, der ſich unbeſchäftigt umhertrieb, weil der, welcher Anſpruch auf ſeine operae hatte, ihn augenblicklich nicht brauchen wollte oder konnte, verdarb und ward dem Gemeinweſen gefährlich. Man mochte daher da, wo nicht die engen Schranken des Civilrechts, wie beim Uſus, hindernd entgegentraten, ſondern der Billigkeit und Zweckmäßigkeit ein weiterer Spielraum gewährt war, die Beſchäftigung des Sklaven im Dienſte Dritter gerne geſtatten, und ſo wird die obige Anomalie leicht ihre Erklärung finden.

Schwieriger iſt dies bei den andern von Papinian aufgeſtellten Sätzen. Weil der Innehaber nicht Fructuar iſt, ſoll er das Legat der operae auf die Erben transmittiren. Von Buchholtz*) will hier das transmittere in dem techniſchen Sinne des Erbrechts erklären, und glaubt daher, jene Regel ſolle nur eintreten, wenn der Legatar vor Antretung der Erbſchaft verſtorben ſei; allein damit wäre die Schwierigkeit nicht beſeitigt. Denn überall ſonſt wird, wenn ein Honorirter vor dem Anfall des ihm Zukommenden ſtirbt, nur das Recht transmittirt, welches, wenn der Verſtorbene noch den Anfall erlebt hätte, auch auf ſeine Erben übergegangen wäre; hier aber würden ſie erhalten, was nie ihr geworden wäre, wenn ihr Erblaſſer auch nur einen Tag Innehaber der operae geweſen wäre. Dazu kommt, daß darin auch eine auf die Spitze getriebene Mißachtung des Willens des Teſtators läge, wenn trotzdem, daß dieſer nur eine an die Perſon des Legatars geknüpfte Berechtigung ſchaffen wollte, bloß um des Umſtandes willen, weil der Letztere nicht zum Genuß dieſes Legats gekommen iſt, Andere, an die der Teſtator gar nicht dachte und auf die das Recht, wenn es wirklich eine reine Perſonalſervitut wäre, nie übergehen ſollte, die Träger und ſelbſtändigen Innehaber deſſelben würden. Wenn daher der Sinn jener Stelle nur der wäre, den Buchholtz darin findet, ſo müßte man aus dieſem ſchon zurückſchließen, wenn man nicht eine gar zu große Anomalie anerkennen wollte, daß, was die Stelle unſers Erachtens auch ſagen ſoll, das Recht immer auf die Erben übergeht, auch wenn der zunächſt Honorirte den wirklichen Anfall noch erlebt. Dieſer

*) Verſuche, Abhdl. XVI.

Dienſte ſelbſt vermiethete, den Lohn beanſpruchen könne, was ſich bekanntlich Alles beim Uſus anders verhält. Endlich ſtellt Ulpian hier noch einen beſonders auffallenden Satz auf, er ſagt:

> Et quia legatarius fructuarius non est, ad *heredem suum operarum legatum transmittit*, sed servo usucapto legatum perit.

Zu einigen dieſer Sätze ſcheint die Analogie der habitatio den Schlüſſel bieten zu können. Die ähnliche Behandlungsweiſe in den Quellen, wo die operae nie als Perſonalſervitut bezeichnet und doch im Anſchluß an Uſusfruct und Uſus behandelt werden, weiſen darauf hin, daß auch ſie nicht ein Inſtitut des ius civile, ſondern nur ein vom Prätor geſchütztes Verhältniß ſind. Da ſie nicht durch capitis deminutio erlöſchen, konnten ſie Hausſähuen und Sklaven zuſtehen und hatten alſo eine ähnliche Stellung, wie die andern Rechte, die nur die natürlichen Alimente ſchaffen ſollten. Allerdings wird ſonſt die Bedienung durch Sklaven nicht zu dem gerechnet, was der Menſch zu ſeiner Lebens-Nothdurft bedarf, und dahin gehören regelmäßig nur Kleider, Nahrung und Wohnung; aber in den Zeiten des allgemeinen Reichthums und Luxus mochte man es ſich kaum denken können, wie ein anſtändiger Mann ohne dieſe Bedienung leben könne, und das machte vielleicht den Prätor geneigt, auch das Recht, welches dieſe ſichern ſollte, unter ſeinen beſondern Schutz zu nehmen und den andern Anſprüchen auf die nöthigen Bedürfniſſe gleich zu ſtellen[d]). Die eigenthümlichen Verhältniſſe der Sklaverei werden es ferner erklärlich machen, wenn hier ſchon von den klaſſiſchen Juriſten unbeſtritten geſtattet wurde, daß der Berechtigte die Dienſte vermiethen dürfe, während ſie zauderten, dem Habitator ein ſolches Veräußerungsrecht zuzugeſtehen. Denn ein Haus konnte man zuſchließen, wenn man es einmal nicht brauchte, ohne daß es dadurch Schaden nahm, und wollte man die geringen Laſten, die daran klebten, nicht tragen, ſo konnte man dem Eigenthümer die Benutzung zeitweiſe überlaſſen, um davon frei zu werden [vgl. § 53 S. 510]. Der Sklave aber begehrte täglich bedeutende Unterhaltungskoſten, hatte man ihn vom Wohnort des Eigenthümers fortgeführt, ſo war eine zeitweilige

d) Von Savigny a. a. O. S. 112.

Rückgabe an den Herrn nicht gut thunlich, und ein Sklave, der ſich unbeſchäftigt umhertrieb, weil der, welcher Anſpruch auf ſeine operae hatte, ihn augenblicklich nicht brauchen wollte oder konnte, verdarb und ward dem Gemeinweſen gefährlich. Man mochte daher da, wo nicht die engen Schranken des Civilrechts, wie beim Uſus, hindernd entgegentraten, ſondern der Billigkeit und Zweckmäßigkeit ein weiterer Spielraum gewährt war, die Beſchäftigung des Sklaven im Dienſte Dritter gerne geſtatten, und ſo wird die obige Anomalie leicht ihre Erklärung finden.

Schwieriger iſt dies bei den andern von Papinian aufgeſtellten Sätzen. Weil der Innehaber nicht Fructuar iſt, ſoll er das Legat der operae auf die Erben transmittiren. Von Buchholtz*) will hier das transmittere in dem techniſchen Sinne des Erbrechts erklären, und glaubt daher, jene Regel ſolle nur eintreten, wenn der Legatar vor Antretung der Erbſchaft verſtorben ſei; allein damit wäre die Schwierigkeit nicht beſeitigt. Denn überall ſonſt wird, wenn ein Honorirter vor dem Anfall des ihm Zukommenden ſtirbt, nur das Recht transmittirt, welches, wenn der Verſtorbene noch den Anfall erlebt hätte, auch auf ſeine Erben übergegangen wäre; hier aber würden ſie erhalten, was nie ihr geworden wäre, wenn ihr Erblaſſer auch nur einen Tag Innehaber der operae geweſen wäre. Dazu kommt, daß darin auch eine auf die Spitze getriebene Mißachtung des Willens des Teſtators läge, wenn trotzdem, daß dieſer nur eine an die Perſon des Legatars geknüpfte Berechtigung ſchaffen wollte, bloß um des Umſtandes willen, weil der Letztere nicht zum Genuß dieſes Legats gekommen iſt, Andere, an die der Teſtator gar nicht dachte und auf die das Recht, wenn es wirklich eine reine Perſonalſervitut wäre, nie übergehen ſollte, die Träger und ſelbſtändigen Innehaber deſſelben würden. Wenn daher der Sinn jener Stelle nur der wäre, den Buchholtz darin findet, ſo müßte man aus dieſem ſchon zurückſchließen, wenn man nicht eine gar zu große Anomalie anerkennen wollte, daß, was die Stelle unſers Erachtens auch ſagen ſoll, das Recht immer auf die Erben übergeht, auch wenn der zunächſt Honorirte den wirklichen Anfall noch erlebt. Dieſer

*) Verſuche, Abhdl. XVI.

Satz contraſtirt auf das Entſchiedenſte mit dem Begriff der Perſonalſervitut f), aber nichts deſto weniger werden wir uns dem geſchriebenen Worte beugen und ihn anerkennen müſſen, und uns zunächſt nur mit Rückſicht auf die Betrachtungen im allgemeinen Theil, wonach die Beendigung der Servituten durch den Tod des Berechtigten ein weſentlicher Schutz ſein ſollte, um das Eigenthum nicht gänzlich werthlos zu machen, die Frage beantworten, was denn nach der Beſtellung von operae dem Herrn verblieben ſei, um ſein Eigenthum gegen gänzliche Entwerthung zu ſichern g). Es blieb ihm immer, was der Sklave ohne Arbeit erwarb, wie dies dem Herrn blieb, wenn auch ein Uſusfruct an ſeinem Sklaven beſtand (vgl. § 52 S. 498). Das war aber ein ſeltener und höchſt ungewiſſer Gewinn; weitere Vortheile wurden ihm aber, wie ich glaube, durch die Art und Weiſe, wie die operae näher modificirt und begrenzt zu ſein pflegten. Einigen Aufſchluß, wenn gleich ſich immer nur Vermuthungen darauf bauen laſſen, giebt Ulpians l. 7 de usu leg. 33, 2 h); da es darnach von Wichtigkeit ſein mußte, feſtzuſtellen, von welcher Zeit an der Anſpruch des Legatars beginne, und wem die Zeit, in welcher der Sklave krank ſei, angerechnet werde. Alſo waren

f) Sie zu einer Realſervitut zu machen, wie Acurſius es will, iſt man darum nicht ermächtigt; handelte es ſich um eine ſolche, ſo wäre die ganze Behandlungsweiſe in den Quellen unerklärlich, und die obigen Sätze der römiſchen Juriſten, welche die Anomalieen hervorheben ſollen, löſten ſich in Trivialitäten auf.

g) Savigny [Syſtem Bd. II S. 112] ſcheint dieſes Inſtitut ſo aufzufaſſen, als hätte es ſich mit ſeinen Beſonderheiten um des praktiſchen Zweckes willen entwickelt, den in metallum damnati, die kein Eigenthum hätten haben können, die Vortheile der Sklavenbedienung zu ſichern, ſo daß alſo ſie in Wahrheit die vererbliche und darum faſt unbeſchränkte Herrſchaft über die betreffenden Sklaven gehabt und der Eigenthümer nur ſeinen Namen für dieſe Herrſchaft hergegeben haben würde. Aber das wäre doch eine zu große Milde des römiſchen Rechts geweſen, wenn es um dieſer damnati willen ein ſolch exorbitantes Recht habe ſchaffen wollen.

h) Operae testamento relictae quando cedere debeant? utrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est? Et cui pereant dies, quibus aeger servus fuit? Et puto, ex die petitionis eas cedere: quare si post petitas aeger esse servus coeperit, legatario peribunt.

die operae nur für eine beſtimmte Zeit legirt, und daß das nicht eine Eigenthümlichkeit des einzelnen Falls war, den Ulpian bei ſeiner Entſcheidung in l. 7 vor Augen hatte, ſcheint mir dadurch angedeutet zu werden, daß von den wenigen in den Titel de operis servorum [7, 7] recipirten Stellen die l. 1 ſagt:

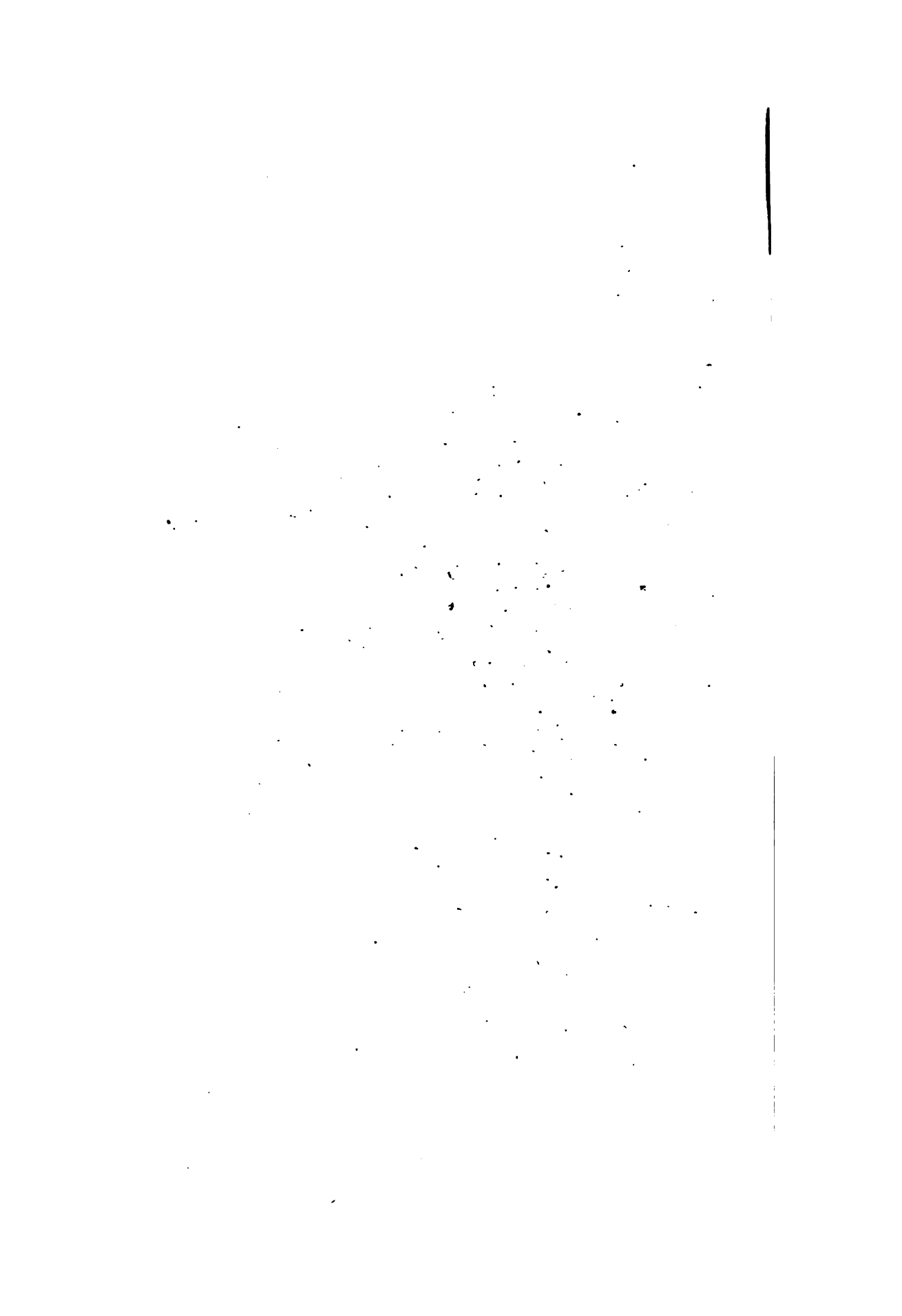
> Opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est,

alſo ebenfalls vorausſetzt, daß die operae nur zu beſtimmten Zeiten zu leiſten ſind [i]). War ihnen nun regelmäßig von vorne herein eine Zeitgrenze, oder ein ſonſtiges feſtes Maaß geſtellt, ſo läßt es ſich erklären, wie eine billige und den Vortheil des Honorirten möglichſt befördernde Auslegung zu dem Satz von der Erblichkeit der legirten operae gelangen konnte. Die civile Strenge hatte bei dem ganzen Inſtitut zu ſehr an Boden verloren, als daß ſie dieſe Disharmonie, die dadurch das ganze Servitutenrecht erhielt (vgl. § 24 S. 203), wehren konnte Möglich wäre es, daß auf ſolche beſchränkte operae jener Satz nur allein angewendet worden iſt.

Daß der Innehaber dieſer Gerechtigkeit, wie der Uſuar und Uſufructuar Caution zu leiſten habe, ſagt Ulpian in l. 5 § 3 usufr. quemadm. 7, 9, und erwähnt dabei neben den operae servi die ſonſt nicht wieder genannten operae cuius alterius animalis, ſo daß auch ähnliche Berechtigungen an Thiere conſtituirt worden ſein müſſen. Daß der Innehaber die Unterhaltungskoſten für die Zeit, wo er die operae bezieht, tragen muß, geht aus l. 4 und l. 6 § 3 de operis hervor, und wird wohl hierin, wie in allen andern Beziehungen die Analogie der Regeln über den Uſus zu entſcheiden haben, ſoweit nicht etwa die Theilbarkeit, welcher die operae, wie die habitatio ihrer Veräußerlichkeit wegen unterliegen, Abweichungen nöthig macht.

---

i) Zu einem ähnlichen Reſultat kommt Luden [Lehre von den Servituten § 46], aber nur vermittelſt einer beiſpielloſen Willkühr im Verſtändniß der Quellen, die Hoffmann [Lehre von den Servituten § 58 Anm. 380] faſt zu billigen ſcheint, da er ſich auf Ludens Interpretation beruft.



Dritte Abtheilung.

Entstehung und Untergang der Servituten.

Dritte Abtheilung.

Entſtehung und Untergang der Servituten.

---

§ 62.

Zur Einleitung. Der Quaſibeſitz der Servituten.

Die Analogie zwiſchen Eigenthum und Servituten mußte nicht nur zu dem Streben führen, auch auf dieſem Gebiete an die bloße äußere Erſcheinung der Herrſchaft ſchon einen gewiſſen vorläufigen Schutz zu knüpfen, ſondern legte auch den Gedanken nahe, dieſe äußere Erſcheinung der Herrſchaft als ein Mittel zu benutzen, um das Recht auf die Herrſchaft, die Servitut, entſtehen zu laſſen, und deßhalb werden wir in den nachfolgenden Kapiteln wiederholt auf das Inſtitut des Quaſibeſitzes, wie die juriſtiſche Geſtaltung jener Aeußerung der Herrſchaft hier bezeichnet zu werden pflegt, zurückkommen müſſen. Es wird daher erſprießlich ſein, wenn wir ſchon hier ein für alle Mal die Vorausſetzungen dieſes Begriffs feſtzuſtellen ſuchen. Wir betreten damit ein Gebiet, auf welchem wir von unſern Quellen vielfach in Stich gelaſſen werden, und welches uns daher nicht geringe Schwierigkeit bietet, die um ſo größer ſind, als die klaſſiſche Jurisprudenz erſt ſehr ſpät und faſt erſt mit Ulpian zu einem Abſchluß dieſer Bildung gelangt iſt, und gar manche Stellen, die den Quaſibeſitz noch leugnen oder wenigſtens nur ſehr beſchränkt anerkennen, in unſerm Corpus Juris Aufnahme gefunden haben. Selbſt die zahlreichen Stellen von Paulus ſcheinen noch aus der ältern Auffaſſung hervorgegangen zu ſein. Dieſe hiſtoriſche Scheidung des uns überlieferten Materials hat man unſers Erachtens

Dritte Abtheilung.

Entstehung und Untergang der Servituten.

---

§ 62.

Zur Einleitung. Der Quasibesitz der Servituten.

Die Analogie zwischen Eigenthum und Servituten mußte nicht nur zu dem Streben führen, auch auf diesem Gebiete an die bloße äußere Erscheinung der Herrschaft schon einen gewissen vorläufigen Schutz zu knüpfen, sondern legte auch den Gedanken nahe, diese äußere Erscheinung der Herrschaft als ein Mittel zu benutzen, um das Recht auf die Herrschaft, die Servitut, entstehen zu lassen, und deßhalb werden wir in den nachfolgenden Kapiteln wiederholt auf das Institut des Quasibesitzes, wie die juristische Gestaltung jener Aeußerung der Herrschaft hier bezeichnet zu werden pflegt, zurückkommen müssen. Es wird daher ersprießlich sein, wenn wir schon hier ein für alle Mal die Voraussetzungen dieses Begriffs festzustellen suchen. Wir betreten damit ein Gebiet, auf welchem wir von unsern Quellen vielfach in Stich gelassen werden, und welches uns daher nicht geringe Schwierigkeit bietet, die um so größer sind, als die klassische Jurisprudenz erst sehr spät und fast erst mit Ulpian zu einem Abschluß dieser Bildung gelangt ist, und gar manche Stellen, die den Quasibesitz noch leugnen oder wenigstens nur sehr beschränkt anerkennen, in unserm Corpus Juris Aufnahme gefunden haben. Selbst die zahlreichen Stellen von Paulus scheinen noch aus der ältern Auffassung hervorgegangen zu sein. Diese historische Scheidung des uns überlieferten Materials hat man unsers Erachtens

zum Nachtheil dieſer Lehre meiſtens unterlaſſen, und indem man ſich beſtrebte, aus den Fragmenten verſchiedener Syſteme ein einziges einheitliches Bild herzuſtellen, hat man vielfach nur ein ſchiefes und praktiſch unbrauchbares Inſtitut zu reconſtruiren vermocht. Um einen andern Weg einzuſchlagen, werden wir daher zunächſt die Veranlaſſungen aufſuchen müſſen, welche für die rechtliche Fixirung und Ausbildung des Beſitzes auf dem Servitutengebiet thätig geweſen ſind, und daraus auf die Geſchichte deſſelben zurückſchließen dürfen.

Im Allgemeinen werden wir davon ausgehen können, daß für das Servitutenrecht eine begriffliche Scheidung des Rechts und ſeiner factiſchen Ausübung weit weniger dringend durch die Umſtände geboten iſt, wie für das Recht des Eigenthums, und wir werden weiter ſehen, daß dieſe Scheidung nicht nur auf unſerm Gebiete viel ſpäter erfolgt iſt, ſondern daß ſie hier auch kaum naturwüchſig iſt und erſt um der engen Verwandſchaft willen, die zwiſchen Eigenthum und Servituten beſteht, aus der Eigenthumslehre hierher übertragen iſt. Dieſe Verſchiedenheit zeigt ſich ſchon im Proceſſe; denn wo um Eigenthum geſtritten wurde, mußte ſchon von frühe an, ſobald der Proceß nicht mehr in einem einmaligen Akte beendet werden konnte, ſondern eine längere Dauer hatte, ein intermiſtiſcher Bewahrer und Vertreter der ſtreitigen Sache nöthigenfalls durch richterliches Einſchreiten beſtellt werden, und damit ward ſchon vom Rechte ein Zuſtand anerkannt, der factiſch die Herrſchaft gewährte, aber dem Innehaber derſelben doch nicht ein Eigenthum zuſprach. Ward aber um die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz von Servituten geſtritten, ſo war eine ungeſchützte und unbeſeſſene Sache gar nicht vorhanden, indem der Eigenthümer ſchon kraft ſeiner Herrſchaft über die körperliche Sache auch die einzelne Befugniß an derſelben, welche den Gegenſtand des Streits bildete, benutzen durfte, falls der Servitutberechtigte ſie nicht benutzen wollte oder konnte, ſo daß es alſo einer ausdrücklichen intermiſtiſchen Ueberweiſung derſelben nicht bedurfte, und es treten uns in unſern Quellen auch noch Spuren dafür entgegen, daß urſprünglich, wenn es überhaupt zu einem förmlichen vindicias dare zu kommen pflegte, was kaum üblich geweſen ſein wird, dieſes doch regelmäßig secundum libertatem

geſchehen mußte[a]). Einer andern Normirung bedurfte es auch in den häufigſten Fällen, wo ein Eigenthümer und ein angeblicher

a) Für dieſe von der herrſchenden Anſicht abweichende Meinung ſpricht vor Allem die l. 60 de usufr. des Paulus, der, wie wir ſpäter zeigen werden, den Quaſibeſitz und ſeine Conſequenzen in den meiſten Beziehungen noch nicht anerkennt und auch hier auf dem Standpunkt des ältern Rechts ſtehen geblieben zu ſein ſcheint. Es heißt daſelbſt am Schluß: Sed, si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ei auferetur: sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur, — ſo daß alſo der Uſufructuar nur unter der beſondern Vorausſetzung, daß ihm nicht cavirt wird, die Ausübung während des Servitutenproceſſes behalten ſoll. Ferner ſpricht dafür die l. 7 de aq. quot. et aest. 43, 20, in welcher derſelbe Paulus die Regulirung des Beſitzes an Wegegerechtigkeiten während eines confeſſoriſchen oder negatoriſchen Proceſſes nicht anders vorzunehmen weiß, als durch Auflegung von Stipulationen, worin der Eine dem Andern verſprechen muß, die Servitut nicht zu ſtören, beziehungsweiſe die Ausübung nicht vorzunehmen. Das macht unſers Erachtens wahrſcheinlich, wie erſt ſpät das Bedürfniß entſtanden iſt, die Ausübung während des Servitutenproceſſes zu normiren, und zwar erſt, als das Billigkeitsgefühl ſich gebieteriſch dagegen ſträubte, daß der Eigenthümer die Ausübung von Servituten durch Erhebung eines Proceſſes, wenn auch auf die Gefahr der Erſatzpflicht, jeder Zeit eigenmächtig ſolle ſtören können, und wie daher der Prätor nur durch ſein häufig angewandtes Mittel, Auflegung von Stipulationen, dieſem Billigkeitsgefühle Rechnung zu tragen vermochte. Denn wenn ſchon frühe während der alten legis actio per sacramentum eine vorläufige Einweiſung in die Servitut hätte ſtattfinden können, ſo würde das Recht gewiß auch ſchon früher zu einem andern, dem Beſitze körperlicher Sachen entſprechenden Verhältniſſe gelangt ſein, welches jedem und nicht bloß dem Promittenten gegenüber Schutz gewährt hätte. In den Fällen freilich, wo die Wege- und Waſſerinterdicte begründet waren, ſchützte der Prätor die Servitutausübung, ſeitdem er ſie eingeführt hatte, auch ſchon während des Servitutenproceſſes, aber doch nur unter den beſtimmten Vorausſetzungen dieſer Interdicte, die auch, wie wir erſt ſpäter ausführen können, keineswegs den Zweck haben konnten, überall die Parteirollen im Proceß zu reguliren.

Der Satz, daß die Servitutausübung von den letztern Fällen abgeſehen während eines Servitutenproceſſes im ältern Recht nicht geſchützt wurde, erlitt aber, wie es ſcheint, von jeher eine Ausnahme bei allen den Servituten, welche durch eine mit dem herrſchenden Grundſtück in dauernder Weiſe zuſammenhängende Vorrichtung ausgeübt wurden, und deren Ausübung ſich daher als

Servitutberechtigter ſtritten, ſchon um deßwillen durchaus nicht ſo dringend, wie im Eigenthumsproceſſe, als davon die Beweisfrage nicht abhängig war, ſondern der Servitutberechtigte richtiger Anſicht gemäß, mochte negatoriſch oder confeſſoriſch verhandelt werden, die Entſtehung ſeiner Servitut nachweiſen mußte. Da nun einmal die Beſitzfrage regelmäßig für den Servitutenproceß in den Hintergrund trat, ſo war auch die confeſſoriſche Klage überall anwendbar, wo eine Störung der Servitut ſtattgefunden hatte, ohne daß es, wie beim Eigenthum, der Ausbildung eigener Klagen bedurfte, um da, wo das beanſpruchte Recht im Ganzen anerkannt wurde, gegen partielle Verletzungen deſſelben Sicherheit zu gewähren; die confeſſoriſche Klage übernahm die Functionen, welche beim Eigenthum der Vindication und der negatoriſchen Klage und ſelbſt die, welche der aquiliſchen und ähnlichen Klagen übertragen waren.

Der Proceß über die Servitut bot daher keine ſo unmittelbar zwingende Veranlaſſung zur Ausbildung des Quaſibeſitzes[b]). Dagegen aber wird uns von einem andern Falle berichtet, wo derſelbe anſcheinend frühe zur Anwendung gekommen zu ſein ſcheint; es wird nämlich von Paulus in der l. 4 § 29 de usurp. et usuc. 41, 3,

---

eine qualificirte Benutzung des herrſchenden Grundſtücks ſelbſt herausſtellte, wie namentlich bei der serv. tigni immittendi, protegendi, oder auch der Servitut, ſeine Baumwurzeln in des Nachbars Grundſtück immittiren zu dürfen. In dieſen Fällen gilt die einſeitige Störung der Ausübung, alſo die Vernichtung oder Entfernung jener Vorkehrung, als eine Störung des Beſitzes an der herrſchenden Sache, und hat alle Nachtheile derſelben im Gefolge, wie das namentlich Ulpian in l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2 und Pomponius in l. 6 § 2 Arbor. furt. caesar. 47, 7. ausführen.

b) Eine Aufforderung dazu bot er freilich auch, und zwar dann, wenn der mit der confeſſoriſchen Klage Belangte den Proceß nicht annehmen (defendere) wollte; bei den andern dinglichen Klagen war der Verklagte dann verpflichtet, den Beſitz auf den Kläger zu übertragen, und eigene Interdicte Quem fundum, Quam hereditatem nöthigten ihn dazu. Die ſpätere Jurisprudenz ſuchte nun auch, wie wir unten ſehen werden, nach Mitteln, um für den Servitutenproceß ähnliche Grundſätze einhalten zu können; aber wenn die ganze Lehre von der Defenſion in dieſer Weiſe ſchon dem ältern Rechte angehören ſollte, ſo werden doch derartige Fälle zu ſelten geweſen ſein, um allein ein ſo eingreifendes Inſtitut, wie das des Quaſibeſitzes zuerſt hervorrufen zu können.

aber auch nur in dieſer Stelle, erzählt, wie ehemals Servituten durch Uſucapion entſtanden ſeien, bis eine lex Scribonia [nach Haloander ſoll es eine lex Voconia ſein] dieſe Errichtungsweiſe aufgehoben habe. Ueber den nähern Inhalt dieſes Geſetzes, ſowie über das Alter deſſelben iſt uns gar nichts bekannt[c]), und ſelbſt für jede Vermuthung fehlt der Boden, — es ſei denn, daß man aus dieſem Schweigen aller andern Quellen darauf zurückſchließen darf, daß daſſelbe lange vor der klaſſiſchen Jurisprudenz gegeben ſein muß. Man hat darüber geſtritten, ob dieſe alte Uſucapion bei allen Servituten möglich geweſen iſt, oder nur bei einzelnen Arten[d]); die bei Weitem größere Wahrſcheinlichkeit ſpricht aber dafür, daß nur die ältern Formen der ſtädtiſchen Servituten und von dieſen auch nur die, welche ſich durch bauliche, mit dem herrſchenden Grundſtück in Zuſammenhang ſtehende Vorrichtungen, körperlich darſtellten, durch dieſe Uſucapion erworben werden konnten. Dafür läßt ſich nicht nur der Ausſpruch von Paulus in l. 14 pr. de serv. 8, 1[e]) anführen, der die Unmöglichkeit der Uſucapion nur für die ländlichen Servituten durch innere Gründe rechtfertigt, und für die ſtädtiſchen Servituten, auf deren viele ſeine Gründe auch nicht paſſen, nur die Thatſache referirt, daß dort daſſelbe und alſo vielleicht ſeiner Anſicht nach nur in Folge poſitiver Geſetzgebung gälte, ſondern weiter deutet darauf auch der Zuſammenhang, in welchem die usucapio libertatis wohl mit dieſer alten usucapio servitutum geſtanden haben wird[f]).

---

c) Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre Bd. II, S. 143.

d) Hoffmann, Servituten Bd. II, S. 125; Bangerow Leitfaden, Bd. I, S. 867.

e) Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem etiam in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

f) Paulus ſtellt ſie auch in jener l. 4 § 29 de usurp. einander gegenüber, indem er ſagt, nur die usucapio servitutem ſei durch die lex Scribonia aufgehoben.

Wie jene, wird die letztere auch nicht durch eine besondere Thätigkeit der Gesetzgebung geschaffen, sondern durch analoge Erweiterung der alten Usucapion körperlicher Sachen, wie sie in den zwölf Tafeln anerkannt war, hervorgerufen sein, und wenn nun für die usucapio libertatis, wie wir oben § 40 S. 364 darstellten, aus alter Zeit her auf das strengste verlangt wurde, daß sich der Zustand der Freiheit die ganze Usucapionszeit hindurch körperlich an der seither dienenden Sache manifestire und sich schon jeder Zeit mit den Sinnen wahrnehmen lasse, so wird auch an die Usucapion von Servituten die entsprechende Forderung gemacht worden und sie deßhalb auch nur bei jenen Servituten zugelassen sein, bei denen ein ununterbrochenes und ausschließliches Innehaben der Befugniß möglich und durch körperliche Vorrichtungen erkennbar war[g]). Ja, wie die usucapio libertatis sich eigentlich als eine qualificirte Usucapion des seither dienenden Grundstücks darstellte und demgemäß nicht, wie die „celerae res“ der 12 Tafeln in einem Jahre, sondern wie der fundus erst in zwei Jahren vollendet war [vgl. S. 362], so wird auch diese Usucapion der Servituten als eine qualificirte Usucapion des herrschenden Grundstücks selber aufgefaßt worden sein, so daß das ältere Recht des Begriffs eines selbständigen Besitzes der Servitut um dieser Usucapion willen noch gar nicht bewußt geworden zu sein braucht. Die Gründe, um derentwillen die lex Scribonia diese Usucapion aufhob, sind nirgends angedeutet, von unsern Juristen jedoch in mannigfacher Weise aufgesucht worden, ohne daß es gelungen ist, für eine oder die andere Auffassung ein durchgreifend entscheidendes Moment beizubringen. Wie unserer Ansicht nach die Usucapion ursprünglich regelmäßig zur Constituirung der städtischen Servituten benutzt sein muß, da die andere zur Zeit der klassischen Juristen anwendbare Errichtungsweise, die in iure cessio, nur eine secundäre Errichtungsform ist, welche niemals von Anfang an gebraucht sein kann, um ein Rechtsverhältniß zu schaffen, haben wir schon an andern Orten [§ 27 S. 230] ausgeführt. Möglich ist es

g) Daß dies z. B. bei einer Wegegerechtigkeit nicht schon der Fall ist, wenn ein Weg für dieselbe hergestellt ist, haben wir schon oben gegen Puchta in § 42 S. 400 erwähnt.

nun, daß man, als es einmal üblich geworden war, ſolche Servituten in iure zu cediren, dieſes Verfahren für nützlicher hielt und die lex Scribonia daher zur Herſtellung größerer Rechtsſicherheit die Conſtituenten nöthigen wollte, fortan ſich nun dieſes ſolennen Errichtungsgeſchäftes zu bedienen, um alle Streitigkeiten abzuſchneiden, welche entſtehen konnten, wenn das Errichtungsgeſchäft ſich zwei Jahre hindurch zog.

Wie dem allen aber auch ſei, ſo wurden doch ſicher nach der lex Scribonia die Servituten nicht uſucapirt[h]) und es fehlte daher auch nach dieſer Seite hin an einer Veranlaſſung zur Fixirung und Ausbildung des Inſtituts des Quaſibeſitzes. Auch die Extinctivverjährung der Servituten bot dieſe nicht; denn wenn auch ſeit alten Zeiten die Wege- und Waſſerleitungsſervituten, ſowie Uſusfruct und Uſus erloſchen, ſobald ſie die Verjährungszeit hindurch nicht ausgeübt waren, ſo entſprach doch dieſe Ausübung, welche zur Erhaltung der Servituten gefordert wurde, durchaus in keiner Weiſe dem, was bei körperlichen Sachen als Beſitz bezeichnet wurde. Es ward nicht ein dauernder Zuſtand, eine anhaltende oder ſelbſt nur eine wiederholte Thätigkeit verlangt, ſondern es genügt ein einmaliger, vorübergehender Akt[i]) — es bedurfte dazu keines bewußten auf die Ausübung der Servitut gerichteten Willens (animus), ſondern wenn nur nicht ein animus contrarius vorhanden war und der Ausübende nicht etwa glaubte, ohne welches Recht, oder kraft einer andern Servitut zu handeln, als wie ſie ihm zuſtand[k]), ſo blieb eine Servitut auch dann erhalten, wenn der durch dieſelbe beabſichtigte Erfolg

h) Den Ausſpruch von Paulus [Rec. Sent. I, 17 § 2]: Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur — verſteht man mit Recht jetzt faſt allgemein dahin, daß eine Servitut erhalten werden ſoll, wenn ſie während zwei Jahre nur einmal gebraucht wird. In einem ſolchen Sinne findet ſich „usurpare“ z. B. auch in l. 16 quemadm. serv. 8, 6. Man hat ſonſt auf jenen Ausſpruch des Paulus häufig eine ſinguläre Wiederaufleben einer einmal untergegangenen Servitut vermittelſt einer Uſucapion bauen wollen, wofür man aber vergebens nach einem Grunde oder auch nur nach einer Analogie ſucht.

i) „Interdiu“ nicht „diu“ z. B. in l. 10 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6.

k) L. 20 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 25 quemadm. serv. am. 8, 6.

ohne die Thätigkeit eines Menſchen zufällig hergeſtellt ward[l]) — ja es brauchte ſelbſt nicht der, dem durch den Ausübungsact die Servitut erhalten ward, dieſen ſelbſt vorzunehmen, ſondern es genügte, daß ſolcher überhaupt vorgenommen ward, und es bedurfte keines rechtlichen Bandes zwiſchen dem Ausübenden und dem daraus Vortheil Ziehenden[m]). Dieſe Ausübung, welche die oben genannten Servituten gegen Untergang durch Nichtgebrauch ſchützte, iſt demnach eine durchaus vereinzelte Schöpfung, die einer weitern Benutzung nach Art des Beſitzes gar nicht fähig war und auch nach Ausbildung der Lehre vom Quaſibeſitz eine völlig getrennte Stellung behauptete[n]).

---

l) So wird eine Waſſerleitungsſervitut dadurch erhalten, daß Waſſer von ſelbſt durch den um ihretwillen hergeſtellten Graben fließt; vgl. l. 12 quemadm. serv. am.

m) L. 12 § 2 de usufr. 7, 1; l. 22 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 5, l. 12, l. 20 24 quemadm. serv. am. 8, 6. Vgl. § 10 S. 100.

n) Die gänzliche begriffliche Verſchiedenheit dieſes „retinere", welches den Untergang der Servitut durch non usus verhindert, von dem Quaſibeſitz der Servitut, iſt vielfach verkannt und ſelbſt Savigny citirt in ſeiner Lehre vom Beſitz mehrfach die von dieſer Retention handelnden Stellen für ſeine Anſichten über den Quaſibeſitz. Ebenſo Unterholzner in der ausführlichen Verjährungslehre Bd. II. drittes Buch. Die gänzliche Verſchiedenheit zeigt ſich aber am beſten in der auch von Beiden angeführten l. 12 § 3 und 4 de usufr., in der jene nur eine große Anomalie ſehen können, die aber unſers Erachtens dem ganzen ſonſtigen Verhältniß durchaus entſpricht. Wird nämlich ein Sklave flüchtig, an dem ein Ususfruct beſteht, ſo verliert der Usufructuar dadurch ſo wenig den Beſitz ſeines Ususfructs, wie der Eigenthümer den Beſitz des Körpers, wohl aber geſchieht dies, wenn irgend ein Anderer von dem Sklaven Beſitz ergreift. Dagegen aber ſoll nach dieſer Stelle trotz dem Beſitze des Dritten der Usufructuar den Ususfruct retiniren, ſo lange der Sklave ein Peculium von ihm in Händen hat, und für daſſelbe Geſchäfte abſchließt. Denn jeder derartige Akt bereichert dem Rechte nach den Usufructuar, ſo daß dieſer Nutzen aus ſeinem Ususfruct zieht, und deßhalb kann ihm kein „non usus" vorgeworfen werden. Indem nun Savigny und Unterholzner dieſe Stelle auf den Quaſibeſitz des Ususfructs beziehen, müſſen ſie eine Fortdauer deſſelben trotz der verlorenen Detention anerkennen, und da durch den jetzigen Beſitzer des Sklaven wieder ein Ususfruct daran einem Dritten tradirt werden kann, müßten ſie dahin gelangen einen Quaſibeſitz Mehrerer in solidum an dem ungetheilten Ususfruct annehmen zu müſſen, was den römiſchen Rechtsanſchauungen doch

Dagegen mußte ſich die äußere Erſcheinung der Servitut ſtärker von dem dinglichen Rechte ſelbſt abheben und die Ausbildung des Quaſibeſitzes vorbereitet werden, als der Prätor Servitutinterdicte aufzuſtellen begann. Freilich ſie ſelbſt haben noch keineswegs dieſen Begriff zur Vorausſetzung, und es iſt gewiß unrichtig, wenn man ſie ganz mit den poſſeſſoriſchen Interdicten zuſammenſtellt, mit denen ſie allerdings oft den Erfolg gemeinſam haben, daß ſie gänzlich Unberechtigte bis zur Beendigung des Proceſſes um das dingliche Recht

---

ganz entſchieden widerſtreitet. Und zu demſelben Reſultat müſſen ſie conſequenter Weiſe auch dann kommen, wenn jemand die Ausübung ſeines Uſusfructs verkauft oder vermiethet hat, indem auch dann, weil der Uſufructuar doch fortwährend Vortheil aus dem für den Uſusfruct gegebenen Surrogat zieht, die Verjährung wegen Nichtgebrauch nicht eintreten ſoll, und zwar ohne daß Rückſicht darauf genommen wird, ob der Käufer oder Miether wirklich auch Ausübungshandlungen vornimmt oder nicht [vgl. l. 35 § 1, l. 38 und 40 de usufr.]. Auch in ſolchem Falle kann bei irgend einem Dritten die Detention der Sache und ein Quaſibeſitz des Uſusfructs ſein, und doch findet ein uti des berechtigten Uſufructuars ſtatt. —

In l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 ſpricht allerdings Paulus zuerſt davon, wie eine Art von Servituten durch den Beſitz des herrſchenden Grundſtücks retinirt werde und ſpäter ſcheint er vom Quaſibeſitz der Servituten zu ſprechen, als ob beides identiſch ſei; allein da es ſich hier um „servitutes, quae in superficie consistunt“ handelt und namentlich um die serv. tigni immittendi, ſo kann das „retinentur“ des erſten Satzes hier nicht den techniſchen Sinn „unterbrechen des non usus“ haben, da dieſe Servituten zu Paulus Zeiten gar nicht durch non usus untergingen, ſondern erſt durch usucapio libertatis. Paulus muß hier an die Erſitzung der Servituten denken, da er dieſe auch ſonſt anerkennt. Er ſelbſt ſetzt auch in l. 4 § 27 de usurp. 41, 3 dieſes Retiniren der Servitut dem Beſitz entgegen; in dem vorhergehenden Paragraphen hat er nämlich die Regel beſprochen, daß, wer eine Sache mit Gewalt beſitzt, ſie ihrem Eigenthümer nicht durch Uſucapion entziehen könne; wohl aber, fährt er hier fort, entzieht der dem Servitutberechtigten ſeinen Weg, der ihn mit Gewalt an der Benutzung die Uſucapionszeit hindurch [denn „longum tempus“ kann nur durch eine Interpolation der Compilatoren in die Stelle gekommen ſein], behindert, da er ihn ja nicht gewaltſam aus dem Beſitz getrieben hat, indem ein ius incorporale nicht Gegenſtand eines Beſitzes ſein kann.

ſchützen[o]), von denen ſie aber durch ihre Vorausſetzungen und ihren wahrſcheinlichen Zweck ganz geſchieden ſind. Das interdictum de itinere actuque privato hat zu ſeiner Vorausſetzung, daß der, welcher es erhebt, im letzten Jahre wenigſtens an dreißig verſchiedenen Tagen den Weg fehlerlos benutzt hat[p]), die interd. de aqua quotidiana, de fonte und de fonte purgando ſtehen nur dem zu, welcher in dem letzten Jahre fehlerlos Waſſer in der jetzt geſtörten Weiſe geleitet oder geſchöpft hat[q]), die interd. de aqua aestiva und de rivis dem, der im laufenden oder im vorhergehenden Sommer ſolches that[r]), und endlich ſetzt das interd. de cloacis nur voraus, daß bereits eine Kloake exiſtirt, die ſich von dem Hauſe des Klägers in das angeblich dienende Grundſtück hineinzieht[s]). Alle dieſe Interdicte ſchützen daher nicht jede Ausübung der betreffenden Servitutbefugniſſe, ſondern ſie fordern eine beſtimmte Qualification derſelben, und dieſe Qualification iſt von der Art, daß ſie unmöglich aufgeſtellt ſein kann, um, wie man oft annimmt, die Thatſache, daß eine Servitutbefugniß geübt iſt, mit gehöriger Evidenz feſtzuſtellen, indem dann doch gewiß eine weit geringere Anzahl von Tagen, an welchen eine Wegegerechtigkeit geübt iſt, hätte genügen müſſen. Ja, ſollte man dann annehmen, der Umſtand, daß man in einem Jahre eine Waſſerleitung nach ſeinem Grundſtück hin auf fremden Grund und Boden gebaut oder eine vorhandene gründlich ausgebeſſert hat, müßte dann doch

---

o) L. 1 § 2 de itin. act. 43, 19.

p) L. 1 § 2 de itin. act: — si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus, quam triginta diebus; und § 12 daſelbſt: Si quis supradicto tempore anni itinere usus sit etc. Vangerow Leitfaden (Bd. I § 355 Anmerk. d) will die erſtere Stelle nach dem Vorgang von Althoff [das interd. de itin. actuque privat. Rinteln 1836] ſo überſetzen: „wenn man nur im letzten Jahre wenigſtens während eines mäßigen Zeitraums, alſo mindeſtens während dreißig Tage, die Wegegerechtigkeit ausgeübt hat“. Allein mit dem Wortlaut und deſſen grammatiſcher Bedeutung [dierum müßte es dann heißen ſtatt diebus] iſt jene Ueberſetzung unvereinbar und ſo haben ſich auch unſere Rechtslehrer faſt einmüthig dagegen erklärt [ſiehe die Litteraturnachweiſungen bei Vangerow a. a. O.].

q) L. 1 pr. de aq. quot. 43, 20; l. 1 pr. und § 6 de fonte 43, 22.

r) L. 1 § 29 de aq. quot., l. 1 pr. de rivis 43, 21.

s) L. 1 pr. de cloacis 43, 23.

mit eben ſo großer Evidenz und vielleicht mit größerer darlegen, daß man eine Waſſerleitungsſervitut geübt habe, indem die Befugniß zur Herſtellung der Vorrichtung ein zweites in der Servitut enthaltenes Element iſt, und daher an Uebung der letzteren auch in ſolchem Falle nicht gezweifelt werden kann. Und doch genügte der Nachweis jener Thatſachen nicht, um das Interdict anzuſtellen [t]). Und daß es bei dem interd. cloacae gar nicht darauf ankommt, mit welchem animus ſeither geübt iſt, ſcheidet dieſes Interdict doch weſentlich von allen andern.

Forſchen wir nun aber nach dem Zweck, den der Prätor mit den vorliegenden Interdicten verfolgte, ſo verbirgt ſich dieſer am wenigſten beim interd. cloacae; der Prätor wollte die Störung der serv. cloacae verhindern, weil es ſchon im öffentlichen Intereſſe lag, daß der Abzug nicht unterbrochen werde [u]), und weil häufig das angeblich

t) Daß die obigen Wege- und Waſſerleitungsinterdicte auch dadurch nicht aufgehoben wurden, daß vom Beklagten erwieſen wurde, wie im letzten Jahre nach den dreißig fehlerloſen Uebungen der Wegegerechtigkeit, beziehungsweiſe nach der einmaligen fehlerloſen Leitung oder Schöpfung des Waſſers, noch eine Reihe von Ausübungshandlungen nur vi, clam oder precario durch den Kläger vorgenommen wurde, und wie alſo die Fehlerloſigkeit ſeines Beſitzſtandes unterbrochen ſei, (vgl. l. 1 § 12, l. 2, l. 6. de itin. act. 43, 19; l. 1 § 20 de aq. quot. 43, 20) vermag direct nicht dafür zu beweiſen, daß dieſe Interdicte einen andern Zweck haben müſſen, wie die poſſeſſoriſchen, indem im klaſſiſchen Rechte das interd. utrubi zum Schutz des Beſitzes beweglicher Sachen auch da gegeben wurde, wo doch dieſer im letzten Theil des Jahres erwieſener Maßen verloren oder doch fehlerhaft geweſen war, falls er nur vorher in der längſten Zeit des letzten Jahres fehlerloß vom Kläger inne gehabt war. [Vgl. Gaius IV, § 150]. Allein der Umſtand, daß dieſe letztere Regel aus dem Corpus Juris entfernt iſt und nunmehr bei allen poſſeſſoriſchen Interdicten auf die letzten Beſitzhandlungen geſehen wird, daß dagegen aber für die Servitutinterdicte noch die ältern Sätze recipirt ſind und man z. B. noch immer nach einmaliger fehlerloſer Uebung im letztern Jahre mit dem interd. de aqua quotidiana klagen kann, trotzdem daß man nachher die Rechtswidrigkeit des Anſpruchs auf eine Servitut zugeſtanden und nur precario die übrige Zeit geleitet hat, mag darauf hinweiſen, wie weſentlich verſchieden die Stellung dieſer Interdicte in der römiſchen Auffaſſung von der der poſſeſſoriſchen Interdicte iſt.

u) L. 1 § 2 de cloac. 43, 23.

herrſchende Grundſtück in weit größerer Weiſe durch eine ſolche Störung beeinträchtigt werden konnte, als wie dieſe dem Störer Nutzen bringen mochte. Er begnügte ſich deßhalb, um ſeinen vorläufigen Schutz zu gewähren, ſchon mit dem Nachweis, daß die behauptete Servitut wahrſcheinlich ſei, und dieſe Wahrſcheinlichkeit ging ihm aus dem Umſtand hervor, daß eine Cloake factiſch vorhanden war. Eine gleiche Idee möchte aber auch unſers Erachtens den Wege- und Waſſerleitungsinterdicten zu Grunde liegen. Wurde einem Grundſtück der Zugang oder die nöthige Bewäſſerung entzogen, ſo konnte es dadurch ganz unbrauchbar werden, und dieſe Störung nahm dann dem Geſtörten unendlich viel mehr, als ſie dem Störer gewährte, ſo daß es alſo um der ſpätern Entſchädigungspflicht bei unrechtmäßig geſchehener Störung willen ſelbſt im Intereſſe des Störers lag, daß ſie möglichſt verhindert werde. Dafür mußte auch wirken, daß es ſchon im öffentlichen Intereſſe lag, das Brachliegen der Felder zu verhüten, und deßhalb wird der Prätor wieder ſchon vorläufig die Servitutübung geſchützt haben, wo nur das Recht wahrſcheinlich war. Aber dieſer beſondere Schutz rechtfertigte ſich nur da, wo wirklich jeder Zugang oder die durchaus nöthige Bewäſſerung bedroht war, und hatte daher das angeblich herrſchende Feld ſchon ein Jahr ohne Waſſer exiſtirt, ſo verweigerte der Prätor dieſe exceptionelle Hülfe und ebenſo da, wo der angeblich Berechtigte doch nur ſelten den Weg benutzt und damit deſſen Entbehrlichkeit nachgewieſen hatte[v]). Die Fixirung der Benutzungszeit auf dreißig Tage mochte aus Beobachtung des Landbaus hervorgegangen ſein. Um ein Feld, aus dem man den nothwendigen Unterhalt bezog, regelmäßig mit den Erforderniſſen des Haushalts zu beſtellen, wird es nöthig geweſen ſein, daß man es wenigſtens an dreißig Tagen des Jahrs beſuchte; wer nicht ſo oft die behauptete Wegeſervitut benutzt hatte, bewieß damit, daß er noch einen andern Weg habe, oder daß wenigſtens der beanſpruchte nicht durchaus nöthig ſei, um ihm ſeinen Lebensunterhalt zu verſchaffen, und ward daher wieder nicht durch ein Interdict geſchützt. Darum iſt es gewiß auch nicht zufällig, daß nur für Wege- und Waſſerleitungs-

v) Auch nur um Wegegerechtigkeiten auf dem Lande zu ſchützen, ſollte dies Interdict dienen; vgl. l. 1 § 1 de itin. act. 43, 19.

ſervituten eigene Interdicte proponirt waren, weil nur ſie die Befriedigung der wichtigſten und unentbehrlichſten Bedürfniſſe des Landbaus zu ihrem Zweck hatten[w]).

Es iſt nicht zu leugnen, daß die vom Prätor für die obigen Interdicte geforderten Vorausſetzungen, nur in ſehr unvollkommener Weiſe ihrem Zweck entſprechen, aber das iſt nur ein Beweis dafür, daß dieſe Interdicte in verhältnißmäßig frühe Zeiten zurückreichen, wo äußerliche leicht den Sinnen wahrnehmbare Symptome ſo häufig an die Stelle der eigentlichen Idee eines Inſtituts geſetzt zu werden pflegen. Doch noch viel weniger laſſen ſich die Eigenthümlichkeiten dieſer Interdicte erklären, wenn ſie ſchon die Ausübung an ſich hätten ſchützen wollen[x]). Daß auch die römiſchen Juriſten unſern Inter-

w) Mit dieſer Auffaſſung der Interdicte ſtimmt mehrfach überein: Roßhirt in einem Aufſatz über die Lehre vom Beſitz und insbeſondere von der quasi possessio im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 (1825) S. 34 ff.

x) Selbſt wenn man dies annehmen wollte, wird man doch nicht bei dem ſingulären Charakter, den dann dieſe Vorſchriften hätten, mit Th. Muther [Ueber die Erſitzung der Servituten mit beſonderer Berückſichtigung der Wegeſervituten. Erlangen 1852 S. 52 f. und S. 58 f.] annehmen dürfen, daß jeder Quaſibeſitz an Wegeſervituten immer nur vorhanden ſei, wenn an dreißig Tagen des Jahres geübt würde, und deßhalb auch zur Erſitzung der Wegeſervituten die Wiederholung dieſer dreißigmaligen Uebung in jedem Jahre der Erſitzungszeit nöthig ſei. Wollte man überhaupt einen ſo engen Zuſammenhang zwiſchen dem Interdict und dem Quaſibeſitz annehmen, und ſagen, wo Erſteres nicht gegeben wird, iſt auch der Letztere nicht vorhanden, wie das doch Muther thut, ſo müßte man conſequent dann auch annehmen, daß gewaltſame Unterbrechung der Ausübung oder daß die Eingehung eines Precariums durch den Erſitzenden die Erſitzung noch nicht unterbreche [vgl. Anm. t], da ja das Interdict dann nicht verloren geht, und analog müßte man dann auch für die klaſſiſche Zeit annehmen, daß bewegliche Sachen erſeſſen ſeien, wenn ſie nur in der längſten Zeit eines Jahres beſeſſen wären, da dann ja das interdictum utrubi die zur Erſitzung nöthige Zeit hindurch begründet wäre. Uebrigens vermag Muther ſelbſt nicht den von ihm aufgeſtellten Satz den großen praktiſchen Schwierigkeiten gegenüber feſtzuhalten, indem er die dreißigtägige Uebung nur im erſten Jahre erwieſen haben will, für die folgenden aber bis zum erbrachten Gegenbeweis dieſelbe vermuthet. Allein wenn auch ein einmal begonnener Zuſtand als fortdauernd angenommen wird, bis das Aufhören desſelben erwieſen iſt, wie Muther zu ſeiner Rechtfertigung anführt (a. a. O.

dicten nicht einen derartigen Zweck unterlegten, können wir daran erkennen, daß ſie, wie auch Bruns [das Recht des Beſitzes im Mittelalter S. 82] hervorhebt, nach Ausbildung der Lehre von dem Quaſibeſitz dieſelbe doch nicht bei Beſprechung dieſer Interdicte zu Grunde legen, ſondern höchſtens beiläufig darauf Rückſicht nehmen[x]). Die Wirkſamkeit dieſer Interdicte traf aber — und das verkannten auch die römiſchen Juriſten nicht — mehrfach mit der poſſeſſoriſcher Interdicte zuſammen, namentlich indem ſie dem Erfolg nach auch mitunter gänzlich Unberechtigte ſchützten, bei denen ſich die Präſum-

---

S. 67), ſo iſt doch der Quaſibeſitz der Wegeſervituten nach ſeiner Auffaſſung gar kein ebenmäßig andauernder und ſich von ſelbſt fortſetzender Zuſtand, ſondern löſt ſich in eine Reihe von einzelnen, ſelbſtändigen Handlungen auf. Daraus aber, daß dieſe an dreißig Tagen des einen Jahres vorgenommen ſind, läßt ſich unmöglich ein Schluß auf die Ausübung an dreißig Tagen eines andern Jahres machen, und ſo hat dieſe Anſicht einen Widerſpruch in ſich ſelbſt.

x) Wie die von Javolen in l. 20 de serv. 8, 1 als Conſequenzen der neuen Beſitztheorie erwähnten interdicta veluti possessoria nicht unſere Wege- und Waſſerinterdicte ſein können, werden wir in einer der nächſten Anmerkungen auszuführen haben. Wenn aber Celſus in l. 7 de itin. 43, 20 ſagt:

> Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur non facturus; inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, *ius fundi possedisse* oportet.

ſo ſcheint es faſt, als ob er für den Ausdruck „ius possedisse“ den techniſchen Sinn noch gar nicht kennt, in welchem Ulpian denſelben wiederholt anwendet. Bei dem Wegeinterdict, wie bei den andern Servitutinterdicten, ſtellt das Edict rückſichtlich der Qualification der einzelnen Ausübungshandlungen ſeinem Wortlaut nach nur die Forderung auf, daß ſie nec vi nec clam nec precario geſchehen ſein müſſen. Celſus will das aber in dieſer l. 7 dahin ergänzen, daß ſie geſchehen ſein müſſen in der Abſicht, um ein entſprechendes dingliches Recht auszuüben, und fordert alſo denſelben Willen (animus), wie er vom Beſitzer körperlicher Sachen gefordert wird; deßhalb ſagt er, der Ausübende müſſe, um das Interdict zu haben, das Recht beſitzen, — ein Ausdruck, der damals auf dem Servitutengebiete noch gar nicht gebraucht oder wenigſtens noch nicht üblich geweſen zu ſein ſcheint, um die äußere Erſcheinung der Herrſchaft zu bezeichnen, und mit dem er daher wohl nur auf dieſe eine Uebereinſtimmung des fraglichen Verhältniſſes mit dem Beſitze körperlicher Sachen hinweiſen und keineswegs dieſe Interdicte gänzlich der Beſitzlehre ſubſumiren wollte.

tionen des Prätors nicht bewährt hatten, und deßhalb müſſen dieſe Interdicte allerdings auch beigetragen haben, um das Recht auf die Herrſchaft und die äußere Erſcheinung derſelben im Bewußtſein der Juriſten begrifflich zu ſondern und ſo die Ausbildung der Quaſipoſſeſſio mit ihren Folgen anzubahnen.

Dem gemäß begegnen uns den auch zur Zeit der klaſſiſchen Jurisprudenz eine Reihe von Inſtitutionen, welche dieſen Begriff zur Vorausſetzung haben, — die Erſitzung der Servituten, der Schutz derſelben durch die actio Publiciana, der Schutz des Uſusfructs durch die Interdicte Uti possidetis, Utrubi und unde vi, die Erweiterung des Interd. Quem fundum für den Fall, wo der mit der confeſſoriſchen Klage vom Uſufructuar Belangte die Defenſion nicht übernehmen will[z]), die Succeſſion in die Befugniß zur Anſtellung des interd. de itinere u. ſ. w. durch den, welchem der Uſusfruct am herrſchenden Grundſtück tradirt iſt[aa]). Sie alle ſind erſt in dieſer Zeit durch die Thätigkeit der Jurisprudenz, und vielleicht auch durch Einſchreiten des Prätors und der Kaiſer zur Anerkennung und zum Abſchluß gelangt, ohne daß wir jedoch die Reihenfolge, in welcher dieſe einzelnen Anwendungen der Quaſipoſſeſſio ſich geltend gemacht haben, ſicher zu erkennen vermögen. Nur die Erſitzung der Servituten, die auch erſt von Paulus und Ulpian erwähnt wird, ſcheint eine der letzten Bildungen zu ſein, indem ſie aus der Extinctivverjährung der negatoriſchen Klage hervorgegangen ſein wird, als ſich der Begriff des Beſitzes ſchon gefeſtigt und über den nächſten Kreis ſeiner Anwendung hinaus auf alle Servituten ausgedehnt hatte. Zunächſt aber hat ſich dieſer, ſoweit wir ſehen, am Uſusfruct, alſo an einer Servitut, die ihrer beſondern Natur wegen, nur ſehr ſelten der Erſitzung unterliegt, in feſter Weiſe geſtaltet[bb]), und hier lag

z) Vat. fragm. § 92.

aa) L. 1 § 2 de itin. actuque.

bb) Dafür ſpricht auch die Art und Weiſe, wie Ulpian in l. 11 § 1 de Publ. in rem act. 6, 2 von der Anwendbarkeit der Publiciana auf Servituten handelt. Er ſagt: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam...; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam constat.

dieſer Begriff um ſo näher, als der Beginn der Ausübung regelmäßig auch mit einem Uebergang der Detention der körperlichen Sache verbunden war, ſo daß dieſer Act ſchon äußerlich genommen die größte Aehnlichkeit mit einer wirklichen Beſitzergreifung hatte. Darum lag aber auch hier die Gefahr einer Verwechſelung zwiſchen dem Beſitz der körperlichen Sache und dem des Uſusfructs nahe, und das mochte Manchen bewegen, der den Begriff an ſich anerkannte, dafür den Ausdruck possidere und possessio ganz zu meiden, wie zum Beiſpiel in jener Stelle der Vaticaniſchen Fragmente [§ 90 und § 91], deren Verfaſſer mit Sicherheit nicht erkannt werden kann, die Beſitzinterdicte, damit ſie für den Uſusfruct benutzt werden können, dahin umgeſtaltet werden, daß die Uebung deſſelben nicht mehr mit possidere bezeichnet wird [cc]). Man ging davon aus, wie Ulpian in l. 1 § 8 quod legat. 43, 3 bemerkt, daß „ususfructus non *possidetur*, sed magis *tenetur*“ [dd]). In den Pandekten iſt aber die Anſicht Ulpians recipirt, der die unmittelbare Anwendbarkeit der Interdictformeln vertheidigte [ee]), und ebenſo finden wir dort auch wiederholt die factiſche Uebung eines Uſusfructs oder auch einer andern Servitut mit possessio und possidere [ff]) oder

cc) Hierauf ſcheint ſich auch der Ausſpruch Javolens zu beziehen, wenn er in l. 20 de serv. 8, 1 gegen Labeo die Möglichkeit der Tradition von Servituten anerkennt und fortfährt: Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Denn meinte er damit die Wege- und Waſſerinterdicte, ſo hätte er dieſe als eine Schöpfung der neuen Theorie vom Quaſibeſitz hingeſtellt, während ſie doch allen Anzeichen nach einer viel früheren Zeit angehören und weit über Labeo hinausgehen werden. Deßhalb wiederlegt dieſe Stelle unſere Behauptung nicht, daß die zuletzt genannten Interdicte gar keine interdicta veluti possessoria ſind, und ſie wird nur auf die für den Uſusfruct eingerichteten Formeln der intd. uti possidetis, utrubi, u. ſ. w. zu beziehen ſein.

dd) Aehnlich heißt es auch in Vat. fragm. § 91: . . ob id, quod uti frui prohibitus est, proprie *deiectus* dici non potest.

ee) L. 1 § 8 quod legator. 43, 3; l. 3 § 13—18 de vi 43, 16; l. 4 uti possidetis 43, 17. In dieſen Stellen laſſen ſich die Spuren des früheren Streits noch erkennen, vgl. Bruns, das Recht des Beſitzes im Mittelalter S. 86 ff.

ff) L. 2 comm. praed. 8, 4; l. 6 § 1 si serv. vind. 8, 5; l. 2 § 3 de precar. 43, 26. Wie die l. 7 de itin. 43, 20 des Celſus nur uneigentlich von einem ius fundi possidere zu reden ſcheint, haben wir oben in Anm. y dargeſtellt.

doch mit quasi possessio und quasi possidere bezeichnet[gg]). Neben diesen Stellen finden sich aber wie gesagt, noch manche andere Fragmente recipirt, die jenen Begriff gänzlich leugnen, und wir können dadurch beobachten, wie sich derselbe allmälig in der Wissenschaft gebildet, nach seinem ersten Auftreten noch wiederholt verworfen und endlich nicht ohne Zuthun des Prätors zur sichern Anerkennung gelangt ist. Es wird von Nutzen sein, dies an einzelnen Ausflüssen dieser neuen Rechtsbildung zu verfolgen und deßhalb zunächst einmal in's Auge zu fassen, wie der Begriff der Tradition auf dem Servitutengebiete zum Bedürfniß wurde, und sich deßhalb auch nach vergeblichen Versuchen ihn auf andere Weise zu ersetzen, zur Anerkennung durch Rechtswissenschaft und Edict durchfocht.

Es waren Regeln des Civilrechts, die zunächst die Lücke offenlegten, welche die Rechtsentwickelung hier seither bot. Als nämlich die Servitutenerrichtung Gegenstand von Contrakten zu werden begann, ward der römischen Jurisprudenz die Aufgabe gestellt, für die emtio servitutis Regeln aufzustellen, die denen für den Kauf körperlicher Sachen, für die sich ja zunächst dieser Contrakt entwickelt hatte, möglichst ähnlich sein mußten. Der Verkäufer schuldete immer ein habere licere und mußte daher nicht nur Alles thun, was in seinen Kräften stand, um das gekaufte Recht auf den Käufer zu übertragen[hh]), sondern ihn auch factisch in den Stand

---

gg) L. 23 § 2 ex quib. caus. mai. 4, 6; l. 10 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 3 § 17 de vi 43, 16. Auf Grund dieser Stellen ist der Ausdruck Quasipossessio oder Quasibesitz in unserer Terminologie zum technischen für das fragliche Verhältniß geworden.

hh) Manche Schriftsteller, wie z. B. Hasse im Rheinischen Museum erster Jahrg. S. 82 und Vangerow, Leitfaden Bd. I § 350 S. 800 nehmen an, der Verkäufer habe hier, wie überhaupt beim Verkaufe einer res mancipi niemals zur Vornahme der Mancipation oder in iure cessio genöthigt werden dürfen, sondern er habe seine Verpflichtung zum habere licere auch ohne diese völlig erfüllen können. Dieser Schluß möchte aber der bona fides, welche das höchste Gesetz des Kaufcontrakts ist, wenig entsprechen. Sobald dem Käufer die freie Benutzung der Sache gesichert war, so hatte er kein Interesse daran, zu fragen, ob er nun auch wirklicher Eigenthümer, und deßhalb, ob sein Auctor es früher gewesen sei, und darum sollte bloß der Mangel dieses Eigenthums noch nicht hinreichen, um Entschädigungsansprüche darauf zu bauen. Daß aber

ſetzen, es wirklich auszuüben. Wenn dennoch das Recht nicht auf den Käufer überging, weil dem Verkäufer die nöthige Qualification für gültige Vornahme der Beſtellungshandlung fehlte, ſo konnte dieſer doch nur dann auf Grund der auch mit dieſem Kaufe regelmäßig verbundenen duplae stipulatio in Anſpruch genommen werden, wenn dem Käufer von dem wirklich Berechtigten oder doch auf dem Rechtswege die Ausübung der gekauften Befugniß unmöglich gemacht ward; geſchah dies nicht, ſondern verblieb ihm die Nutzung derſelben, das habere, von dieſer Seite her ungeſtört, ſo hatte er dem Verkäufer gegenüber keinen Anſpruch. Da er nun alſo den Erwerb der dinglichen Klage nicht mit Nothwendigkeit fordern konnte, ſo war er in allen den Fällen, wo er nicht von einem beſſer Berechtigten, ſondern von irgend einem Unberechtigten in der Ausübung geſtört wurde, und demnach die duplae stipulatio des Verkäufers nicht verwirkt war, für die Zeit, wo auf die bloße Thatſache, daß man eine Servitut in der und der Weiſe geübt habe, keinerlei Klage geſtützt werden konnte, lediglich auf ſeine Kaufklage gegen den Verkäufer angewieſen, die, wenn dieſer ſelbſt der Störer war, alsbald auf Entſchädigung ging, wenn es aber ein Dritter war, für deſſen Handlungen der Verkäufer nicht einzuſtehen hatte, nur Abtretung

---

der Verkäufer darum die Maaßregeln unterlaſſen konnte, welche dazu dienen ſollten, die Nutzung des Käufers für alle Zeiten ſicher zu ſtellen, und daß dieſer ſich ſchon begnügen mußte, wenn er für den Augenblick übte, und nicht auch auf einen allgemeiner wirkſamern, nachhaltigeren Schutz, wie ihn nur die dinglichen Klagen geben, Anſpruch haben ſollte, kann unmöglich eine Folge jenes auf die Billigkeit gebauten Satzes ſein, zumal es für den Verkäufer doch ſo leichte Mühe war, ſeiner Seits vorzunehmen, was zur ſolennen Creirung des civilen Rechts nöthig war, und es daher faſt eine Art von Unehrlichkeit wäre, wenn er ſich deſſen geweigert hätte, was das einfachſte und zweckdienlichſte Mittel war, um den beim Abſchluß des Kaufs im Auge gehabten Zweck auf die dauerhafteſte Weiſe zu erreichen. Daß nun auch die römiſchen Juriſten alſo dachten, und daß ſie mit dem Verkaufen einer Servitut auch immer die Ceſſion derſelben als verbunden dachten, geht z. B. aus der l. 14 de S. P. R. 8, 3 hervor, wo Pomponius, alſo ein Juriſt der wie Gaius noch ganz auf dem Boden des alten Servitutenrechts ſteht, ſagt: sed et si aquaeductum alii concesserо, alii iter per eundem locum vendere vel aliter cedere non potero. Vgl. auch Pauli Rec. Sent. I tit. 13 a § 4.

der Klage fordern mußte, welche etwa der Verkäufer, als Beſitzer der körperlichen Sache, durch die Störung ſeines Stellvertreters, des Käufers, gegen den Störer erworben haben konnte. Denn zu dieſer Abtretung war er durch die aus dem Kaufcontrakte fließende bona fides genöthigt. Da aber dieſer Weg immer ein Umweg war, der noch dazu vereitelt wurde, ſobald der Verkäufer den Beſitz oder das Eigenthum an der belaſteten Sache verlor, und daher gegen Beſitzſtörer und Verletzer ſelbſt keine Klagen mehr hatte, ſo liegt auf der Hand, wie viel weniger günſtig der Käufer einer Servitut geſtellt war, als wie der Käufer einer körperlichen Sache, der in Folge des Anſpruchs auf habere licere Tradition der Sache fordern konnte und durch dieſe nicht nur den Interdiktenſchutz jeder eigenmächtigen Störung gegenüber erlangte, ſondern ſich auch mit der actio Publiciana Unberechtigten gegenüber ſtets wieder in den Beſitz ſetzen konnte. Die Tradition gewährte ihm einen großen Vorzug dem Käufer einer Servitut gegenüber.

Den römiſchen Juriſten entging es nun auch nicht, zu welchem unbefriedigenden Reſultate man gelange, wenn man die Regeln des Kaufcontrakts auch beim Kaufe einer Servitut anwendete, und ſie ſuchten daher hier nach einer Abhülfe. Aber das Mittel, welches die ältern Juriſten hier empfehlen, war wenig geeignet[ii]). Labeo[kk]) und Pomponius[ll]) fordern, daß der Verkäufer, der ja ſchon eine Stipulation, die regelmäßige stipulatio duplae ſchuldete, noch eine zweite interponiren müſſe, worin er ſich verpflichte, den Käufer nicht zu ſtören, und worin er wahrſcheinlich auch für den Fall einer von ihm ausgehenden Störung alsbald eine Conventionalſtrafe verſprechen

ii) Es iſt daſſelbe, welches nach der obigen Ausführung (Anm. a) der viel ſpätere Paulus noch im Proceſſe brauchen will, um dort das Inſtitut des Beſitzes, deſſen Anwendbarkeit er leugnet, zu erſetzen.

kk) L. 20 de serv. 8 1. Iavolenus. — Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua possessio esset.

ll) L. 3 § 2 de act. emti vend. 19, 1. Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes, per te non fieri, quominus utar.

ſollte[mm]). Dieſe Stipulationen waren, wie viele uns in den Quellen erhaltenen Beiſpiele beweiſen, regelmäßig alsbald auf die Erben geſtellt, indem es hieß: per te heredesque tuos non fieri etc.[nn]). Da ſie aber nur gegen Verletzungen durch den Verkäufer oder ſeine Erben ſchützten[oo]), ſo wurde durch dieſelben doch durchaus nicht der ganze oben dargelegte Uebelſtand beſeitigt, wenn gleich ſich nicht leugnen läßt, daß grade durch den Beſitzer der dienenden Sache, — und das wird der Verkäufer doch meiſtens bleiben — am leichteſten das Intereſſe des Servitutenkäufers verletzt werden kann, und es daher für dieſen ein wichtiger Gewinn iſt, wenn er ein leichter benutzbares und nachdrücklicher wirkſames Schutzmittel dagegen hat, als es ihm ſeine Kaufklage gewährt. Aber nichts deſto weniger blieb hier ein Mangel in der Rechtsentwickelung.

Von dem Streben, dieſe Lücke durch analoge Ausbildung des Begriffs der Tradition auszufüllen, giebt uns die erſte Nachricht, jedoch nur im Gewande ſubjectiver Auffaſſung, Javolen in der l. 20 de serv. 8, 1, indem er dort nach Darſtellung der Anſicht Labeos fortfährt: Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Allein alsbald durchgedrungen iſt dieſe Anſicht nicht, wie die oben erwähnte l. 3 § 2 de act. emt. vend. des Pomponius beweißt, der wenigſtens nicht vor Javolenus Priscus lebte [denn ſein Bericht über die römiſchen Juriſten in l. 2 de orig. iur. 1, 2 nennt dieſen noch], und ſelbſt Gaius konnte noch ſagen: Incorporales res traditionem non recipere manifestum est[pp]). Wenn wir deßhalb von Juriſten derſelben Zeit in Stellen

---

mm) Beiſpiele ſolchen Pönalſtipulationen geben l. 36 de S. P. R. 8, 3 und l. 85 § 3 de V. O. 45, 1.

nn) L. 25 § 12 fam. herciac. 10, 2; l. 2 § 5, l. 85 § 3 de V. O. 45, 1.

oo) L. 49 § 1 de V. O. 45, 1.

pp) In l. 3 de usufr. 7, 1 erkennt er freilich in gewiſſer Hinſicht ſchon die Möglichkeit und Wichtigkeit der Tradition eines Uſusfructs an, indem er daſelbſt die teſtamentariſche Auflage: usufructum dare, alſo interpretirt: Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Es mußte alſo die factiſche Uebung ſchon die Lage des Berechtigten in irgend einer Weiſe ſicherer zu ſtellen vermögen, — denn ſonſt

des Corpus Juris die Tradition ohne Weiteres als ein Entstehungsmittel der Servituten behandelt sehen, so liegt der Verdacht nahe, daß hier erst die Compilatoren die neue Lehre eingeschwärzt haben, und so scheint namentlich in Africans l. 32 de S. P. R. 8, 3 für das „tradidisti", ein „mancipasti", oder „in iure cessisti" gedacht werden zu müssen, da er, wenn er auch der Ansicht Javolens gewesen wäre, doch schwerlich von solchem Falle, wo nur Tradition stattgefunden hat, gesagt hätte: recte eo modo servitutem constitutam ait, sondern doch nur wie die spätern Verfechter dieser Lehre von einer possessio servitutis oder dergleichen hätte sprechen können [qq]). Dagegen vertheidigt Julian, der sich selbst der Schüler Javolen's nennt [rr]), wiederholt die Ansicht dieses seines Lehrers, indem er in l. 16 si serv. vind. 8, 5 Klagen und Einreden entstehen lassen will, wenn jemand ein Kaufgeschäft über eine Servitut abgeschlossen und nachher unter Mitwissen des Verkäufers ex causa emtionis die Servitut geübt hat, — also die Servitut tradirt erhalten hat, und indem er in l. 3 si usufr. pet. 7, 6 sagt, die durch bloße Tradition entstandene „possessio" stehe hinsichtlich des Untergangs wegen Nichtgebrauch durchaus dem „dominium ususfructus" gleich. Einen ganz neuen Standpunkt behauptet aber Ulpian in dieser Frage; er sagt in l. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3:

> Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.

und bezeichnet anderwo die durch Tradition entstandenen Ser-

---

hätte der Onerirte damit frei werden müssen, daß er die Uebertragung des dinglichen Rechts vornahm, und Weiteres hätte nicht kraft jener testamentarischen Verfügung gefordert werden können.

qq) In l. 15 de O. N. N. 39, 1 geht African auch von der Voraussetzung aus, daß wenigstens für die serv. altius non tollendi der Begriff der Quasipossessio nicht existirt; denn wenn einer darauf gerichteten confessorischen Klage gegenüber der Verklagte nicht defendiren wollte und also die Analogie des Vindicationsprocesses forderte, daß er den Besitz des eingeklagten Gegenstandes abtrete, so wußte African nicht anders zu helfen, als daß der Richter die Caution auferlegen müsse; non prius se aedificaturum, quam altro egisset, ius sibi esse altius tollere.

rr) L. 5 de manc. vind. 40, 2.

vituten als servitutes tuitione Praetoris constitutae ss). Es muß alſo grade in dieſer Zeit irgend eine Anerkennung der neuen Theorie durch das prätoriſche Edict erfolgt ſein; auf welche Weiſe dieſe geſchehen iſt, berichtet wieder Ulpian, indem er in l. 11 § 1 de Publ. ſagt:

> Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Es wird alſo das Edict ausdrücklich erklärt haben, daß die Publicianiſche Klage zugelaſſen werde, wenn eine Servitut tradirt ſei, und zwar wird, wie es unſern oben gegebenen Andeutungen entſpricht, und wie es aus der Darſtellungsweiſe hervorleuchtet, zunächſt nur für den Uſusfruct dieſer Grundſatz ausgeſprochen und dann erſt auf die andern Servituten übertragen ſein.

Noch nach anderer Seite hin, iſt, wie wir aus unſern Quellen erkennen können, der Prätor der Rechtswiſſenſchaft bei Ausbildung dieſer neuen Theorie vom Quaſibeſitz zu Hülfe gekommen; er hat ausdrücklich das Interdict unde vi dem in der Ausübung des Uſusfructs begriffenen und daran gewaltſam gehinderten Uſufructuar gegeben tt). Aber freilich iſt dieſes Gebot von den römiſchen Juriſten, je nachdem ſie für oder gegen den Begriff des Quaſibeſitzes waren, verſchieden ausgelegt worden. Paulus, der ſchon bei einer andern Gelegenheit geſagt hat, ein Recht könne nicht beſeſſen werden, und deßhalb könne auch niemand mit Gewalt aus dem Rechte dejicirt werden uu), läßt ſich dadurch nicht von ſeiner Oppoſition abhalten und faßt die Beſtimmung des Edicts daher nur als eine ſingulare, durchaus wörtlich zu interpretirende Vorſchrift auf. Deiectum ab usufructu, ſagt er, in eandem causam Praetor restitui iubet, id est, in qua futurus esset, si deiectus non esset. Demnach müſſe,

---

ss) L. 1 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

tt) L. 3 § 13—17 und l. 9 § 1 de vi, 43, 16. Vgl. l. 27 de dam. 39, 5. Vat. fragm. § 90.

uu) L. 4 § 27 de usurp. 41, 3 — quia nec possideri intelligitur ius incorporale; nec de via quis, id est mero iure, detruditur.

fährt er fort, die Reſtitution ſtets geſchehen, möge auch immer inzwiſchen der Zeitpunkt eingetreten ſein, mit welchem der Uſusfruct erlöſchen ſollte, und deßhalb könne der Eigenthümer, falls er der Dejicient war, einen ganz neuen Uſusfruct dieſes Interdicts wegen beſtellen müſſen. Alſo nicht auf den Beſitz der Servitut ſtützt ſich dieſes Interdict, — denn dann könnte es nicht mehr angeſtellt werden, wo ein Erlöſchungsgrund für das angebliche Recht eingetreten, und in Folge deſſen auch der animus possidendi untergegangen war, — ſondern lediglich auf die Thatſache der Dejection, und aus dieſer gehen dem Wortlaut des prätoriſchen Edicts gemäß immer dieſelben nachtheiligen Folgen für den Dejicienten hervor, möge inzwiſchen auch der Beſitz des Uſusfructs, welcher geſtört wurde, zur Unmöglichkeit geworden ſein. Ganz anders faßt es Ulpian in l. 3 § 13—17 h. t., indem er hier, wie überall, von dem Begriffe des Quaſibeſitzes ausgeht, und, indem er in dieſem Interdict nur ein Schutzmittel für letzteren ſieht, will er daſſelbe da, wo der dejicirte Uſufructuar nachher eine capitis deminutio erlitten hat oder geſtorben iſt, und demnach das ſeither beſeſſene Recht erloſchen iſt, nicht mehr auf Herſtellung des Uſusfructs, ſondern nur auf Erſatz des durch die Dejection entſtandenen Schadens zulaſſen [vv]).

---

vv) Da die Anſichten von Paulus und die von Ulpian, die ſich urſprünglich gewiß gegenüber ſtanden, in denſelben Pandectentitel recipirt ſind, ſo wird man daraus folgern müſſen, daß nach dem Willen Juſtinians das Interdict, ſoweit es Herſtellung des Uſusfructs zum Gegenſtande hat, nicht mehr zuläſſig iſt, wenn inzwiſchen ein Grund eingetreten iſt, der den allgemeinen Regeln gemäß jeden Uſusfruct erlöſchen laſſen würde (capitis deminutio, Tod), daß aber das Interdict dadurch nicht aufgehoben werden ſoll, daß gerade für dieſen beſtimmten Uſusfruct, um deſſen Beſitz es ſich handelt, einer der Erlöſchungsgründe eingetreten iſt, welche den beſondern, bei der Errichtung getroffenen Verabredungen gemäß den Uſusfruct aufheben ſollen (dies, conditio). Und dieſe Entſcheidung wird ſich, wenn auch nicht ratione iuris, ſo doch ratione utilitatis genügend rechtfertigen laſſen, indem da, wo einer jener allgemeinen Gründe eingetreten iſt, die betreffende Thatſache faſt immer klar und leicht zu erweiſen ſein wird, während dies hinſichtlich der beſondern Verabredungen häufig nicht der Fall ſein wird, und deßhalb der Dejicient den weiteſten Spielraum für allerlei Einwände haben würde und den Proceß bedeutend verzögern könnte.

Dieſelbe Erſcheinung, daß ein römiſcher Juriſt die Zuläſſigkeit eines Beſitzinterdictes zu Gunſten des Uſufructuars anerkannte, aber dennoch nicht den Begriff des Quaſibeſitzes eingeſtand, begegnet uns auch an Pomponius, indem derſelbe die Möglichkeit der Tradition von Servituten, wie wir ſahen, verwarf, und doch das interd. uti possidetis zu Gunſten des Uſufructuars zugelaſſen hat[ww]. Eine Erklärung dieſes Verfahrens möchte ſich daraus entnehmen laſſen, daß uns mehrfach das Streben begegnet, den Uſufructuar möglichſt mit den rechtlichen Attributen des Eigenthums auszuſtatten, und wie er daher zum Schutz ſeines Rechts nicht auf die confeſſoriſche Klage beſchränkt iſt, ſondern daneben noch manche Rechtsmittel hat, die zunächſt nur den Eigenthümer gegen Verletzungen ſeiner eigenen Sache ſchützen ſollten, ſo mochten jene Juriſten ihm auch die Beſitzinterdicte nur um deßwillen zugeſtehen wollen, weil ſie einer der Vortheile waren, welche dem Eigenthümer, ſobald er zugleich Beſitzer war, zuſtanden, und daher ertheilten ſie ihm ſolche nicht ſowohl in ſeiner Eigenſchaft als Servitutenbeſitzer ſondern als Detentor der körperlichen Sache. Sie ſchrieben auch ihm, um mit unſerer heutigen Technik zu reden, einen abgeleiteten Beſitz zu.

Die Gegner des Servitutenbeſitzes ſcheinen denſelben aber doch bei einer Art von Servituten immer, wenn auch lange Zeit ohne ſich deſſen recht bewußt zu werden, anerkannt zu haben. Wir erwähnten ſchon früher, wie bei den Servituten, welche durch eine mit dem herrſchenden Grundſtück zuſammenhängende Vorrichtung ausgeübt werden, dieſe Ausübung nur als eine Conſequenz des Beſitzes der herrſchenden Sache aufgefaßt und daher deren Störung

---

ww) L. 4 uti poss. 43, 17. Ob auch dies Interdict ausdrücklich vom Prätor für dieſen Fall erweitert iſt, kann zweifelhaft erſcheinen. Die Vaticaniſchen Fragmente (§ 90) ſagen: Inde et interdictum *Uti possidetis* utile hoc nomine proponitur et *Unde vi*, quia non possidet und ſcheinen damit auf eine ausdrückliche Stelle des Edicts zu deuten, Ulpian aber beruft ſich für die Zuläſſigkeit des Interdicts nur auf Pomponius, und der ganzen Faſſung des Satzes nach ſcheint er nur auf wiſſenſchaftlichem Wege dahin gelangt zu ſein. Wahrſcheinlich iſt deßhalb, daß die Vatikan. Fragm. auch nur eine wiſſenſchaftliche Theorie im Auge hatten, die das Interdict alſo gefaßt haben wollte.

ſtets als eine Verletzung dieſes behandelt zu ſein ſcheint, wie ferner nur dieſe Servituten vor der lex Scribonia der Erſitzung unterworfen geweſen ſein werden, und wie Paulus in l. 14 de serv. 8, 1 die Unmöglichkeit der Uſucapion bei ihnen nur durch Berufung auf das poſitive Geſetz motivirt, während er es für die andern Servituten mit Gründen unterſtützt, die jeden Beſitz derſelben zur Unmöglichkeit machen würden. Wenn daher derſelbe Paulus, der auch in der erwähnten l. 4 § 27 de usurp. jeden Beſitz unkörperlicher Rechte geleugnet hat, dennoch in der l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 [xx]) vom Beſitz ſolcher Servituten redet, quae in superficie consistunt, ſo braucht er damit den Servitutenbeſitz im Allgemeinen noch nicht anerkannt zu haben, und wir werden daher bei Benutzung dieſer und anderer Stellen des Paulus die Oppoſition in der er zu der neuen, namentlich von ſeinem Zeitgenoſſen Ulpian vertretenen und im Corpus Juris recipirten Theorie ſteht, nicht vergeſſen dürfen und demgemäß den practiſchen Werth dieſer Stelle für das ſpätere Recht bemeſſen müſſen. Zeigt doch ſchon die ganze Wortfaſſung jener Stelle, wie ihm der Servitutenbeſitz keineswegs zu einem ſelbſtändigen Begriff geworden iſt, ſondern noch ganz in den Beſitz der herrſchenden Sache aufgeht, und nur die Bedeutung einer beſondern Qualification deſſelben hat. Daß er in der früher [§ 17 S. 152] weitläuftig erörterten l. 28 de S. P. U. 8, 2 von einer Servitut, der die perpetua causa fehlte, ſagte: id neque flumen esse neque tempore acquiri placuit, fordert noch nicht mit Nothwendigkeit den Schluß, daß er ſeiner Seits die Servitutenerſitzung und alſo auch den Servitutenbeſitz anerkannte, ſondern er konnte möglicher Weiſe, da er von der neuen Theorie wiſſen mußte, wenigſtens dieſen einen Fall gegen dieſelbe ſichern wollen; und außerdem möchte die serv. fluminis, als welche das dort in Frage ſtehende Verhältniß möglicher Weiſe aufgefaßt werden konnte, zu den Servituten gehören, die ſich in einer körper-

xx) Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur; nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet, et si moenianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquod utor, et sic quasi facto quodam possideo. Vgl. Anm. n.

lichen Vorrichtung des herrſchenden Grundſtücks darſtellen, und an denen daher auch Paulus einen Beſitz zugelaſſen haben würde. Wenn er dagegen in l. 25 quemadm. serv. am. 8, 6, wie es ſcheint, mit beſonderer Beziehung auf Wegeſervituten ſagt: Servitute usus non videtur, nisi qui suo iure uti se credidit; und dann fortfährt: ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit, ſo iſt das Interdict, von dem er redet, natürlich das Wegeinterdict, die Klage aber braucht nicht nothwendig, wie man gewöhnlich annimmt, eine auf Erſitzung geſtützte confeſſoriſche zu ſein, ſo daß Paulus hier indirect die Servituterſitzung anerkennt, ſondern er kann damit auch nur haben ſagen wollen, wenn man ſich die confeſſoriſche Klage durch usus erhalten, d. h. den Untergang der Servitut und der zugehörigen Klage durch Nichtgebrauch vermeiden wolle, ſo müſſe dieſe Ausübung von der und der Beſchaffenheit ſein. Die Stellung, welche dieſem Fragment von den Compilatoren gegeben iſt (im Titel quemadmodum servitutes amittuntur), macht es ſogar wahrſcheinlich, daß ſie dies uti, von dem darin die Rede iſt, zunächſt ſo verſtanden, als ſpreche Paulus von der Unterbrechung der Servitutenverjährung, und ſie haben vielleicht in dem Zuſammenhang, aus welchem daſſelbe genommen iſt, beſtimmte Anhaltspunkte für dieſe Meinung gehabt. Auf jeden Fall aber werden wir Paulus nicht zu den Juriſten rechnen können, welche den Servitutenbeſitz als ein in ſich abgeſchloſſenes und mit allen Attributen des Sachenbeſitzes ausgeſtattetes Inſtitut anerkannten.

Wir haben ſeither näher unterſucht, wie die einzelnen römiſchen Juriſten zu der neuen Theorie vom Quaſibeſitz geſtanden haben, einer Unterſuchung, der wir uns nicht entziehen zu können glaubten, weil davon häufig abhängen wird, ob wir eine Harmonie zwiſchen den von ihnen ausgeſprochenen Sätzen und der Lehre vom Servitutenbeſitz anerkennen müſſen oder nicht. Wir können darnach mit Sicherheit nur Javolen, Julian und Ulpian für dieſelbe anführen[yy]; daß ſie aber dennoch die im Corpus Juris recipirte iſt,

yy) Die Stellung von Gaius iſt eine zweideutige. Er verwarf, wie wir ſehen, die Tradition und erkennt doch die Nützlichkeit eines derartigen Aktes

wird keinem Zweifel unterliegen, wenn man die vielfach aufgenommenen klaren Sätze Ulpians in's Auge faßt, und dagegen nicht überſieht, daß die alte Theorie ſich meiſtens nur in der Geſtalt von Entſcheidungsgründen im Corpus Juris findet, und zwar für Entſcheidungen, die auch noch heutigen Tags, wenn auch aus andern Gründen, richtig ſind, und daß daher die Compilatoren, denen der Zwieſpalt ihrer Quellen ohnehin nicht völlig klar geworden zu ſein ſcheint, leicht zur Aufnahme derſelben veranlaßt werden konnten.

Ueberſehen wir den Gang, den die Rechtsentwicklung hier genommen hat, ſo erſcheint die Langſamkeit auffallend, mit welcher der Begriff des Quaſibeſitzes zum Abſchluß kommt, da bei der engen Verwandſchaft zwiſchen Eigenthum und Servituten die Analogie des eigentlichen Beſitzes einen lebhaften Antrieb gewähren mußte. Zum Theil mag ſich dies auch aus einem Mangel der Sprache erklären; die vollſtändige factiſche Herrſchaft über eine Sache nannte man Beſitz dieſer Sache und nicht etwa Beſitz an dem Eigenthum dieſer Sache. Ein Wort aber, welches das Object des Beſitzes bezeichnen konnte, falls dieſer nur in einer einzelnen Eigenſchaft der Sache beſtand, fehlte der Sprache durchaus und ſie mußte daher, um dies Verhältniß zu benennen, das dingliche Recht zu Hülfe nehmen, welches auf daſſelbe Object gerichtet war, und alſo von einer „Poſſessio“, oder was in dieſer Beziehung gleich auffallend iſt, von einem „Usus“ einer Servitut reden. Es iſt dies alſo nur ein, durch eine Lücke in der Terminologie hervorgerufener Sprachgebrauch, für den wir ſchon oben [§ 32 S. 289] in dem Precarium an Servituten ein Seitenſtück fanden. Wer ſich aber deſſen nicht völlig bewußt war, konnte ſehr leicht daran Bedenken finden, daß von einem Beſitz an Dingen geſprochen wurde, die in den meiſten Fällen, wo die Frage nach dem Beſitz praktiſch wurde, noch gar nicht exiſtirten, oder deren Exiſtenz wenigſtens nicht erwieſen war, und ſo bedurfte

an, aber ohne den Namen dafür zu gebrauchen. Dagegen ſagt er in ſeinem Commentar (IV § 139), der Prätor ſchreite mit Decreten und Interdicten ein, namentlich **quum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur**; die darauf folgenden Beiſpiele, die allerdings nicht vollſtändig erhalten ſind, erwähnen dann aber wieder nichts über Servituten.

-es einer geläuterten Rechtsauffaſſung, bis man das Weſen dieſes Inſtituts von dem dafür nöthig gewordenen Namen zu ſcheiden wußte [zz]).

Nach Darſtellung der Geſchichte des Quaſibeſitzes wird uns nun die Aufgabe obliegen, die einzelnen Erforderniſſe deſſelben zu ermitteln. Dem Sachenbeſitz mit ſeinen Vorausſetzungen und ſeinen Vortheilen im Servitutenrecht eine gleiche Bildung zur Seite zu ſtellen, das war das ſchließlich mit Erfolg gekrönte Streben der Rechtsbildung. Der Analogie des Sachenbeſitzes werden wir daher, da unſere Quellen über dieſe Lehre ſo ſpärlich fließen, einen weiten Spielraum anweiſen dürfen, und demgemäß auch hier ein doppeltes Element ſcheiden können: der Beſitzer muß in der Lage ſein, wo er die Herrſchaft nach Belieben ausüben kann (corpus), und er muß den Willen haben, dieſe Herrſchaft, als ob er ein Recht darauf habe, auszuüben (animus). Erledigen wir zunächſt das erſtere Requiſit, ſo wird daſſelbe beim regelmäßigen Uſusfruct und den andern Perſonalſervituten, ſoweit ſie Anſpruch auf die Detention der belaſteten körperlichen Sache geben, am leichteſten und ſicherſten erkannt werden können. Nur der iſt im Quaſibeſitz, welcher die körperliche Sache detinirt, und deßhalb alſo der, welcher ſich ununterbrochen und ausſchließlich in der Möglichkeit befindet, nach Belieben auf den Körper der Sache einzuwirken. Zeitweilige Uebertragung der Vortheile des Eigenthums iſt ja der weſentliche Zweck dieſer Servituten, und derſelbe wird erreicht und alſo der Uſusfruct ausgeübt, wenn man ſich in demſelben körperlichen Verhältniß zu der Sache befindet, wie es der Ausfluß des unbeſchränkten Eigenthums ſein ſoll. Und wie nur die Ausübung des Eigenthums, welche in der vollen Herrſchaft über die Sache beſteht, alſo der Beſitz, einen beſondern Rechtsſchutz genießt und zum Erwerb des Eigenthums dienen kann, dagegen aber ohne den Beſitz die einzelne mit der Sache vorgenommene Nutzungshandlung in dieſer Beziehung irrelevant iſt, ſo wird auch nur die Ausübung des Uſusfructs als Beſitz deſſelben gelten, welche ſich als Detention des Körpers der Sache darſtellt. Daß dieſer daneben auch wirklich gebraucht und Früchte daraus gezogen werden,

zz) Vgl. von Savigny Recht des Beſitzes § 12.

iſt keineswegs nöthig, und wer kraft eines vermeintlichen Uſusfructs ein von ihm detinirtes Grundſtück mehrere Jahre abſichtlich brach liegen läßt, iſt doch immer im vollen Quaſibeſitz[a2]). Allerdings kann aus dem Brachliegen unter Umſtänden geſchloſſen werden, daß der frühere Quaſibeſitzer ſeinen Quaſibeſitz hat aufgeben wollen, wie das ebenſo hinſichtlich des eigentlichen Beſitzes aus derartigen Umſtänden gefolgert werden kann[b2]), aber dann wird doch erſt von dem Augenblick an, wo auch die Detention der körperlichen Sache aufgegeben iſt, der Verluſt des Quaſibeſitzes beginnen und wird nicht etwa ſchon rückwärts bis zur letzten Nutzungshandlung zurückzurechnen ſein. Die Detention kann der Quaſibeſitzer eines Uſusfructs auch wieder durch Andere ausüben laſſen, und das wird auch da angenommen werden müſſen, wo er den Uſusfruct nicht dem dinglichen Rechte nach, ſondern nur der Ausübung nach an einen Dritten oder auch an den Eigenthümer übertragen hat. Dieſe werden ſo gut ſeine Stellvertreter in Beziehung auf die Detention der Sache und damit in Beziehung auf den Quaſibeſitz des Uſusfructs ſein, als er wieder Stellvertreter des Eigenthümers in Beziehung auf den civilen Beſitz der körperlichen Sache iſt. Darum verliert er auch durch jene Stellvertreter die Detention und damit ſeinen Quaſibeſitz nur in Gemäßheit der Regeln über Verluſt des Beſitzes an körperlichen Sachen, und nur für den Fall, daß er dem Eigenthümer den Uſusfruct zeitweilig überlaſſen hat und dieſer die Sache, ohne den Uſusfruct vorzubehalten, verkauft, oder in eigenem Namen und alſo ohne den Uſusfruct als einen fremden zu bezeichnen, verpachtet hat, ſoll der Quaſibeſitz nicht für ihn verloren ſein[c2]).

Rückſichtlich der übrigen Servituten, alſo der perſönlichen, welche nicht mit der Detention der körperlichen Sache verbunden

---

a2) Das ſcheint vielfach und z. B. auch von Savigny, Lehre vom Beſitz § 45 verkannt zu werden, indem darüber Unterſuchungen angeſtellt werden, wie es ſich verhalte, wenn jemand nicht gebrauche und in Folge davon den Uſusfruct verliere, und doch die Detention der Sache inne habe — von wann an dann die Quaſipoſſeſſion des Uſusfructs verloren ſei. Allein ein ſolcher Zuſtand kann unſers Erachtens nicht vorkommen.

b2) Arg. leg. 4 C. de poss. 7, 32. Savigny a. a. O. § 32.

c2) L. 29 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

ſind, ſo wie aller Realſervituten, werden wir gut thun, die poſitiven zunächſt getrennt von den negativen Servituten zu beſprechen. Bei den poſitiven Servituten muß ſich die factiſche Herrſchaft dadurch manifeſtiren, daß je nach ihrer Natur die einzelnen Handlungen, zu denen ſie ermächtigen, wirklich ausgeübt ſind und die Wiederholung derſelben, ſo oft der Inhalt der betreffenden Servitut ſolche geſtattet, nur von dem Belieben des Quaſipoſſeſſors abhängig iſt, oder daß der dauernde Zuſtand, in den ſie die dienende Sache durch dort angebrachte Vorrichtungen verſetzen ſollen, wirklich auf irgend eine Weiſe hergeſtellt iſt, und im Falle er ſchon wieder geſtört iſt, ſeiner Reproduction durch den Beſitzer kein Hinderniß entgegenſteht. Die Tradition dieſer Servituten iſt jedoch erſt dann geſchehen, wenn der Empfänger dieſelbe mit Zuſtimmung des Tradenten ausgeübt hat, beziehungsweiſe jener Zuſtand hergeſtellt iſt[d2]). Die Forderung iſt alſo hier ſtrenger, als wie ſie beim Beſitz körperlicher Sachen zu ſein pflegt, da es für dieſen nicht erforderlich iſt, daß jeder Beſitzer ſelbſt Beſitzhandlungen vornimmt, ſondern ſchon die Möglichkeit genügt, jeder Zeit auf die Sache einzuwirken, und demnach auch analog für die Tradition einer Servitut oft ſchon genügen müßte, daß die Erlaubniß zur Ausübung ertheilt wäre und derſelben vorausſichtlich kein Hinderniß entgegentreten werde. Die ſtrengern Grundſätze, die hier gelten, hängen wohl damit zuſammen, daß durch die Tradition nicht die ſchon beſtehende Servitut vom Eigenthümer auf den Empfänger übertragen wird, ſondern daß es eine ganz neue Sache iſt, die erſt in dieſem Moment und erſt beim Empfänger zur Exiſtenz kommt, ſo daß es ſich daher auch nicht um die Fortſetzung eines ſchon beim Tradenten beſtehenden Beſitzes, ſondern um die Herſtellung eines ganz neuen handelt, und daß ferner hier bis zur wirklichen Uebung viel leichter Zweifel entſtehen können, ob Tradent und Empfänger ganz dieſelbe Servitut mit denſelben Modalitäten im Sinne haben, als wie bei der Tradition der körperlichen Sache über die Identität des Objects geirrt werden kann. Steht man mit dem ſeitherigen Beſitzer eines Grundſtücks vor dieſem, und hier geſchieht die Tradition durch Zuweiſung, ſo iſt ein Irrthum über

d2) L. 20 de serv. 8, 1.

das Object und regelmäßig auch über den Umfang deſſelben nicht weiter möglich, da eben nur das eine in ſeinem jetzigen Beſtande gemeint ſein kann, während wenn zwei in gleicher Weiſe eine Wegeſervitut über dies Feld verabreden, dieſe ſich durch die verſchiedenen Modalitäten ſo mannigfach geſtalten kann, daß der Empfänger häufig nicht eher zu der ſichern Ueberzeugung gelangen wird, daß der tradirende Eigenthümer ihm keine Schwierigkeiten in der Ausübung machen werde, und er alſo wirklich die Möglichkeit habe, jeden Augenblick dort zu gehen, als bis ſich durch die That gezeigt hat, von welcher Servitut er Beſitz ergreifen wolle, und welche ihm vom Tradenten concedirt werde.

Dies mochten die Gründe ſein, welche die römiſchen Juriſten zur Aufſtellung des Satzes führten, daß Beſitz einer ſolchen Servitut nur da ſei, wo ſie wirklich geübt werde, und dies werden wir benutzen müſſen, um zu beſtimmen, welche der mehreren Handlungen, zu denen etwa die Servitut ermächtigt, zum Zwecke des Beſitzerwerbs vorgenommen ſein müſſen. Man erörtert dieſe Frage gewöhnlich nicht weiter und lehrt nur, die Servitut müſſe ausgeübt ſein; daß aber das nicht heißen kann, alle und jede daraus fließende Befugniß müſſe vollſtändig wenigſtens einmal benutzt ſein, liegt auf der Hand, wenn man z. B. daran denkt, wie in einer Waſſerleitungsſervitut auch die Befugniß zur Vornahme von ſolchen Reparaturen enthalten iſt, die vielleicht nur alle 50 Jahre nöthig ſind. Man wird da doch den Beſitz der Waſſerleitungsſervitut auch ſchon dann anerkennen dürfen, wenn jene Reparaturen noch nicht gemacht ſind, und überhaupt den Satz aufſtellen können, daß eine Servitut dann beſeſſen wird, wenn die bis jetzt vorgenommenen Ausübungshandlungen den Inhalt derſelben in genügender Weiſe zu charakteriſiren vermögen, ſo daß daraus auf die Art und Weiſe der andern durch die Servitut geſtatteten Handlungen mit Sicherheit oder doch großer Wahrſcheinſcheinlichkeit zurückgeſchloſſen werden kann. Aus dem Leiten des Waſſers über ein fremdes Grundſtück wird gefolgert werden können, daß man auch die Leitung erhalten darf, weil ſonſt keine dauernde Waſſerleitung möglich iſt; aber auch umgekehrt, ſtellt jemand mit Wiſſen des Eigenthümers auf fremden Boden Vorrichtungen her, die nur dazu dienen können, um Waſſer auf ein eigenes Grundſtück

zu leiten, ſo wird die Tradition der Servitut geſchehen ſein, ſo bald dieſe Vorrichtungen ſo weit gediehen ſind, daß die Richtung und die Art und Weiſe der Leitung daraus mit Sicherheit erkannt werden kann, und der wirklichen Leitung des Waſſers wird es nicht bedürfen. Es kann nun aber auch geſchehen, daß die bereits vorgenommenen Handlungen genügend ſind, um den Inhalt einer Servitut zu bilden, daß aber in dem vorliegenden Falle derſelbe noch zu weitern Handlungen ermächtigt, auf die aus den bisher vorgenommenen nicht geſchloſſen werden kann. Dann wird der Beſitz nur an den einzelnen ſeither gebrauchten Elementen der Servitut beſtehen, und wir kommen alſo damit dahin, daß Beſitz und Recht auch hier von verſchiedenem Umfange ſein können. Beanſprucht z. B. jemand die Servitut, Kalk auf fremdem Grundſtück zu graben, dort zu brennen und dann abzufahren, hat aber bis jetzt nur gegraben, ſo wird ſich daraus nur der Beſitz des Rechts, zu graben, und was ſich als nothwendige Conſequenz deſſelben darſtellt, weil ſonſt jenes Recht unnütz wäre, der Beſitz des Rechts, das Gegrabene abzufahren, ableiten laſſen.

Iſt der Beſitz dieſer Servituten einmal erworben, ſo dauert er, wenn nicht etwa der Wille, zu beſitzen, aufhört, ſo lange, bis die durch die Servitut geſtatteten Ausübungshandlungen dem Beſitzer auf irgend eine Weiſe unmöglich gemacht ſind. Daß die Ausübungshandlungen auch wirklich regelmäßig vorgenommen werden, iſt daher zur Erhaltung des Beſitzes, ſoweit es ſich um die äußere Erſcheinung, das corpus possessionis, handelt, durchaus nicht nöthig, und ebenſo geht auch der Beſitz ſolcher Servituten, welche einen dauernden Zuſtand der dienenden Sachen durch dort angebrachte Vorrichtungen herſtellen ſollen, nicht ſchon, wie man gewöhnlich lehrt, durch zeitweilige factiſche Aufhebung dieſes Zuſtands verloren, ſondern dauert fort, ſobald nur der Servitutbeſitzer die Möglichkeit behält, denſelben jeden Augenblick wiederherzuſtellen. Das Herausnehmen des in die fremde Mauer geſchobenen Balkens unterbricht alſo nicht den Beſitz der serv. ligni immittendi, ſondern dieſer geht, ſoweit zur Erhaltung des Beſitzes die factiſche Herrſchaft, das corpus possessionis, in Frage kommt, erſt verloren, wenn von irgend jemanden gegen den Willen des Servitutbeſitzers Vorkehrungen getroffen werden, die ihm

die Wiedereinſchiebung des Balkens unmöglich machen[82]). Wohl aber kann daraus, daß der durch die Servitut geſtattete Zuſtand längere Zeit nicht wieder hergeſtellt wird, oder die einzelnen Ausübungshandlungen nicht vorgenommen werden, nach Analogie des Falles, wo der Beſitzer eines Feldes daſſelbe brach liegen läßt, auf ein Aufgeben des Willens, zu beſitzen, gefolgert werden, und demgemäß wird da, wo der Servitutenbeſitz in Frage kommt und ſeine Entſtehung nachgewieſen iſt, dem, der ihn beſtreitet, der Beweis nachgelaſſen werden müſſen, daß die Servitut längere Zeit nicht ausgeübt ſei, und daraus auf den Untergang des Beſitzes geſchloſſen werden können. Wie lang die Zeit ſein muß, in der nicht geübt iſt, läßt ſich nicht allgemein beſtimmen, ſondern wird in jedem Falle

---

82) Für dieſe Auffaſſung ſpricht mit Entſchiedenheit die Analogie des Beſitzes an unbeweglichen körperlichen Sachen, indem auch dieſer nicht verloren geht, wenn man die beſeſſene Sache zeitweilig verläßt. Man will nun freilich — und alſo haben ſich die angeſehenſten Rechtslehrer erklärt, wie z. B. von Savigny a. a. O. § 46 — für die Servituten, welche Anſpruch auf bauliche Vorrichtungen auf der dienenden Sache geben, wie es grade bei der serv. tigni immittendi der Fall iſt, eine entgegengeſetzte Regel aus der l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 entnehmen, wo geſagt wird, daß jene Servitut beſeſſen werde, si tignum immissum habuero. Allein dieſe Stelle ſtammt von Paulus, der an dieſen Servituten, quae in superficie consistunt, nur einen Beſitz anerkennt, ſoweit ſich derſelbe als Qualification des Beſitzes der herrſchenden Sache darſtellt, und denſelben daher leugnen muß, ſobald dieſer Geſichtspunkt nicht möglich iſt. Nun haben aber allerdings die Compilatoren dieſe Stelle aufgenommen, und es fragt ſich, ob nicht dieſer allerdings ſingulären Beſtimmung gegenüber die nalogie des Sachenbeſitzes in ſo weit zurücktreten muß. Allein dieſe Stelle ſagt zunächſt nur, daß Servitutenbeſitz vorhanden ſei, wo der Balken immittirt ſei, — alſo ein Satz, der noch immer richtig iſt — und erſt durch ein argumentum a contrario können wir dahin kommen, daß der Beſitz nur ſo lange dauere, als die Immiſſion dauere. Im Sinne des Paulus wird dieſer Schluß allerdings auch noch richtig ſein; daß aber auch die Compilatoren denſelben lediglich durch die Aufnahme dieſer Stelle haben billigen und damit die ſonſtige Beſitztheorie haben brechen wollen, das erſcheint uns durchaus zweifelhaft, zumal ſie es gewohnt waren, Stellen aufzunehmen, welche jener Folgerungsweiſe nicht gewachſen waren, und daher auch in einer conciſeren Form, etwa durch Einſchiebung eines „nur" oder dergl. ihren Willen zu erkennen gegeben hätten.

in das richterliche Ermessen gestellt werden müssen, wobei die Entscheidung namentlich von der Beantwortung der Fragen abhängen wird, ob Veranlassung zur Benutzung der Servitut vorhanden war, oder nicht, und ob sich im erstern Falle das Unterlassen der Benutzung durch andere Gründe erklären läßt, so daß es nicht die Folge eines animus non possidendi gewesen zu sein braucht. Nur bei den Servituten, welche durch Nichtgebrauch untergehen, wird man allgemein mit Bestimmtheit sagen können, daß der Besitz daran spätestens dann verloren sein muß, wenn während der ganzen für die Verjährung einer derartigen Servitut festgesetzten Zeit keine Ausübungshandlung vorgenommen ist, weil, wenn hier schon aus einem so langen Nichtgebrauch der Verzicht auf das Recht gesetzlich vermuthet werden soll, daraus noch viel mehr ein Verzicht auf den Besitz entnommen werden muß.

Hinsichtlich des Besitzes der negativen Servituten ist viel darüber gestritten worden, was zur Begründung desselben nöthig sei. Man hat häufig als den Inhalt dieser Servituten die Befugniß zum Verbieten hingestellt, — eine Meinung, die wir schon früher [§ 4 S. 30] widerlegen mußten — und hat daraus dann gefolgert, die Servitut sei nicht eher geübt, als bis ein solches Verbot erfolgt wäre, und also, damit dasselbe motivirt wäre, als bis vorher der wirkliche oder Scheinversuch gemacht wäre, gegen die Servitut zu handeln. Allein den eigentlichen Inhalt der Servitut bildet das Recht auf einen Zustand, in welchem das und das nicht geschieht, und das Recht, zu verbieten, ist nur eine Folge davon, wie es die Folge jedes dinglichen Rechtes ist, daß man verbieten kann, was dasselbe verletzen würde. Dieser Zustand ist aber meisten Theils da vorhanden, wo die Frage entsteht, ob eine negative Servitut besessen werde, und deßhalb ist das Requisit der äußern Erscheinung der Herrschaft schon eben dadurch völlig beschafft. Daraus haben Manche nun gefolgert, der Quasibesitz an solchen Servituten sei überall vorhanden, wo die entgegenstehenden positiven Handlungen nicht vorgenommen würden, und damit haben sie jedem Grundbesitzer den Quasibesitz von unzähligen negativen Servituten an den benachbarten Grundstücken zugesprochen, was dann auch zu einer Ersitzung aller dieser Servituten führen müßte. Allein sie haben

dabei übersehen, daß erst das eine Requisit des Besitzes vorhanden ist, daß aber auch das andere, der auf diese specielle Servitut gerichtete Wille des Besitzers, auf unzweifelhafte Weise dargelegt werden muß. Dies wird nun allerdings durch ein Verbot der Handlungen, welche gegen die Servitut unternommen werden, genügend geschehen können[f2]), außerdem wird aber auch der Abschluß eines auf Errichtung dieser Servitut gerichteten Geschäftes geeignet sein, so daß immer mit diesem, falls zur Zeit schon der beabsichtigte Zustand vorhanden ist, die Tradition alsbald geschehen ist.

Verloren geht der Besitz, sobald von irgend jemanden wider den Willen des Servitutbesitzers Handlungen vorgenommen werden, welche die Servitut verbietet, und also der durch dieselbe garantirte Zustand unterbrochen wird[g2]).

Nachdem wir festgestellt haben, wie sich die factische Herrschaft äußern muß, damit ein Servitutenbesitz angenommen wird, haben wir noch das andere Requisit desselben, den Willen, zu besitzen (animus), näher ins Auge zu fassen. Zunächst dürfen natürlich die einzelnen Ausübungshandlungen, durch welche der Besitz erworben sein soll, nicht etwa unbewußt geschehen sein, sondern sie müssen durch die bestimmte Absicht hervorgerufen sein, daß ein Recht ausgeübt werden soll, und zwar nicht bloß ein Recht, das auf diese einzelne Handlung oder einige dergleichen geht, sondern welches zu einer, vielleicht durch bestimmte Regeln beschränkten, aber doch immer wieder von Neuem möglichen Reproduction solcher Handlungen ermächtigt. Grade weil die einzelne Ausübungshandlung nur den Anfang eines andauernden Zustandes, des Besitzes, bilden soll, so muß sich auch der Wille alsbald über diese eine Handlung erheben und den ganzen Zustand ins Auge fassen, und daß er das gethan hat, muß aus den Umständen erhellen. Darum wird man denn auch mit Recht schon von vorne herein da den Besitz einer Wegeservitut leugnen dürfen, wo jemand nur über ein Feld gegangen ist, weil

---

f[2]) L. 15 de O. N. N. 39, 1.

g[2]) Gestattet der Servitutbesitzer precario gegen die Servitut zu handeln und z. B. gegen die serv. altius non tollendi höher zu bauen, so ist der Besitz darum noch nicht verloren. Vgl. l. 17 comm. praed. 8, 4.

der regelmäßige öffentliche oder Privatweg zur Zeit unbrauchbar war[h2]), oder in der stillschweigenden Voraussetzung, daß der Eigenthümer es erlauben werde, so daß er von vorne herein nur die Absicht hatte, so lange zu gehen, bis der Eigenthümer es verbieten werde[i2]). Ferner wird man keine Servitut üben, wo man eine Erlaubniß benutzt, die nur für einzelne Male ertheilt ist, während da, wo sie bis auf Widerruf ertheilt ist, wohl eine Quaßpossessio vorhanden sein kann, nur daß diese dem Erlaubnißgeber und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber vitiös ist. Dasselbe wiederholt sich bei einer gewaltsamen oder einer heimlichen Ausübung, wo auch wieder der unrechtmäßige Wille nur auf die einzelne Handlung, oder alsbald auf das ganze Recht, dessen einzelner Ausdruck die vorgenommene Handlung ist, gerichtet sein kann. Daß der Wille alsbald das ganze Recht umfaßt, wird da leicht erkannt werden können, wo schon die erste Ausübungshandlung die dienende Sache in einen lang andaueruden Zustand versetzt (indem z. B. ein Balken eingefügt oder ein Höherbau untersagt wird) und sich dadurch also schon die Absicht, eine bleibende Herrschaft zu üben, manifestirt, — ebenso da, wo ein Rechtsgeschäft vorhergegangen ist, welches die Bestellung der fraglichen Servitut zum Gegenstand hat. Schwieriger ist es da, wo die Ausübung nur durch einzelne, schnell vorübergehende und von einander unabhängige Handlungen geschieht, und ein Rechtsgeschäft nicht bekannt ist, aus welchem auf Vorhandensein des auf den Servitutbesitz gerichteten Willens geschlossen werden kann. Die Umstände können dies auch für solche Fälle genügend bekunden, und namentlich wird daraus, daß der angebliche Servitutbesitzer in ein und derselben Weise längere Zeit hindurch und oft wiederholt die Ausübungshandlungen vorgenommen hat, ohne daß grade exceptio-

h2) L. 1 § 6 de itin. 43, 19. Diese Stelle handelt, wie die später citirten, zunächst von dem Willen, welcher für die Ausübungshandlungen zur Begründung der Wegeinterdicte nöthig ist, und also nicht von der Quaßpossessio [s. oben S. 655]; aber in dieser Beziehung gelten für beide Verhältnisse dieselben Grundsätze, wie aus dem oben S. 660 Anm. y Ausgeführten hervorgeht. Wir werden also auch die von den Interdicten handelnden Stellen hier benutzen können.

i2) L. 7 de itin.

nelle, vorübergehende Zustände ihn dazu zu veranlassen schienen, gefolgert werden können, daß sich der Wille über die einzelnen Handlungen erhoben hat und ihn schon die Kraft der Gewohnheit unter denselben Verhältnissen immer wieder zur Vornahme derselben Handlungen treiben wird. Doch da, wo erwiesen werden kann, daß der Ausübende selbst gewußt hat, wie er kein Recht auf die Servitut habe, da wird man bei dieser Art von Servituten vermuthen müssen, daß trotz der oft wiederholten Ausübung der Wille immer nur auf die einzelnen Handlungen gerichtet gewesen ist. Denn hier ist nicht, wie bei der unrechtmäßigen Besitzergreifung körperlicher Sachen oder wie bei der unrechtmäßigen Herstellung eines aus einer Servitut fließenden, dauernden Zustandes, die Rechtswidrigkeit des Willens nur auf die erste Besitzergreifungshandlung beschränkt, und die späteren Besitzhandlungen stellen sich nicht als die bloßen Consequenzen jener ersten dar, sondern jede einzelne ist wieder eine von der früheren völlig unabhängige freie That und bedarf daher auch einen durchaus neuen und also für unsern Fall jedesmal wieder einen rechtswidrigen Entschluß. Wer also gegen besseres Wissen sich den Besitz einer solchen Servitut anmaßen will, müßte schon im Voraus seinen Willen auf alle die unrechtmäßigen Handlungen richten, die in Zukunft geschehen werden, und eine solche Fülle rechtswidrigen Willens wird man schon vermöge des Satzes: quilibet praesumitur bonus bei jedem bezweifeln können und annehmen müssen, sein Wille sei nur auf die einzelnen Handlungen gerichtet gewesen[k2]).

---

k2) Busch [Von der Ersitzung der Servituten im Archiv für civ. Pr, Bd. 31 [1848] S. 246 ff] will, daß der animus possidendi von dem, der sich auf den Servitutenbesitz beruft, überall selbständig bewiesen werde, so daß darauf die Beweisauflage gehen könne. Allein dieses rein subjective Moment wird nie durch die äußern Beweismittel festgestellt [auch nicht durch den Eid, wie Busch meint], sondern erst durch Schlußfolgerungen aus äußern Thatsachen ermittelt werden können, und deßhalb muß der Richter dies seinem Urtheile vorbehalten und jedes andere Urtheil darüber zurückweisen. Geeignete äußere Thatsachen dagegen werden allerdings von dem, der sich auf den Besitz beruft, bewiesen werden müssen; aber derartig, daß sie einen absolut sichern Schluß auf den Willen machen lassen, werden sie nie sein, da in Dingen eines fremden Seelenlebens keine absolute Sicherheit möglich ist, und z. B. trotz

Damit aber der Wille mit rechtlichem Erfolg auf den Beſitz der Servitut gerichtet ſein kann, muß die correſpondirende Ausübungshandlung derartig ſein, daß ſie möglicher Weiſe den Gegenſtand einer Servitut bilden kann, und es muß dieſer auch im correcten Falle kein rechtliches Hinderniß der Servitut entgegenſtehen [12]). Daraus geht ſchon hervor, daß wer den Beſitz einer Realſervitut beanſprucht, auch ein geeignetes Grundſtück nachweiſen muß, mit Rückſicht auf welches er zu beſitzen vermeint, und ferner ein Verhältniß ſeiner Seits zu dieſem Grundſtück, durch welches er zu dem wohl begründeten Glauben veranlaßt wird, die dieſem Grundſtück zuſtehenden Servituten beanſpruchen zu dürfen. Dies wird nicht nur der Fall ſein, wenn er Eigenthümer deſſelben oder Innehaber eines der im § 11 S. 110 genannten dinglichen Rechte iſt, die Anſpruch auf die, mit der belaſteten Sache verbundenen Servituten giebt, ſondern auch ſchon, wenn er gutgläubiger Beſitzer der herrſchenden Sache iſt, oder wenn er im gutgläubigen Beſitz eines der erwähnten Rechte iſt.

Hat ſich der animus possidendi einmal beim Erwerb des Beſitzes manifeſtirt, ſo wird deſſen Fortdauer auch hier vermuthet, und erſt wenn der entſchiedene Wille hervortritt, die Servitut nicht mehr zu beſitzen, erlöſcht er. Darum wird z. B. eine Waſſerleitungsſervitut noch beſeſſen, ſo lange in Folge derſelben Waſſer fließt, wenn auch der Beſitzer gar nichts davon weiß [m2]). Der animus contrarius muß ſich auch nicht als ein Verzicht allein auf eine oder mehrere Ausübungshandlungen herausſtellen, oder bloß für kurze Zeit oder bis auf Widerruf Beſeitigung des ſervitutenmäßigen Zuſtandes geſtatten, ſondern auf den ganzen Servitutenbeſitz gerichtet

---

erwieſenen Uſucapionstitels doch noch mala fides möglich iſt. Deßhalb müſſen ene äußern Thatſachen nur den Willen wahrſcheinlich machen, wie der Uſucapionstitel die bona fides wahrſcheinlich macht, und es iſt dann Sache des Gegenbeweiſes, Thatſachen darzulegen, die jene Wahrſcheinlichkeit wieder aufheben.

l²) Unentſchuldbarer Rechtsirrthum hindert auch hier den Beſitz; arg. lg. 1 § 10 de aqua quot. et aest. 43, 20.

m²) Arg. leg. 1 § 21 de aq. quot. 43, 20.

ſein, wenn er dieſen aufheben ſoll[82]). Daraus folgt, daß wenn der Servitutbeſitzer ſich für die einzelne Ausübungshandlung eine Beſchränkung durch den Eigenthümer der dienenden Sache gefallen läßt, oder für dieſelbe ein Surrogat annimmt, er dadurch noch nicht außer Beſitz der Servitut in ihrem ganzen Umfange kommt; wohl aber geſchieht es, wenn er den Willen für einen Theil ausdrücklich aufgiebt, oder dies Aufgeben daraus, daß er ſich dieſe Beſchränkung oder dies Surrogat fortwährend gefallen läßt, gefolgert werden kann.

Vis, clandestinitas oder precarium machen den Quaſibeſitz in gleicher Weiſe, wie den Beſitz körperlicher Sachen zu einem vitiöſen und haben entſprechende Nachtheile im Gefolge, aber das Verbot dieſer Fehler wird ſich um der eigenthümlichen Natur des Servitutenbeſitzes willen bei dieſem doch in einer Beziehung anders, wie beim Sachbeſitz geſtalten. Denn für körperliche Sachen folgt aus jenem Verbot nur, daß die erſte Beſitzergreifung nec vi, nec clam, nec precario geſchehen ſein darf; iſt dies vermieden, ſo wird der einmal erworbene Beſitz für die Zukunft nicht mehr den Charakter eines vitiöſen annehmen, mag er auch nur mit Gewalt gegen den eigenmächtigen Angriff des eigentlichen Eigenthümers geſchützt, oder mögen die einzelnen Nutzungshandlungen ſpäter dem Auge der Welt entzogen werden, und auch, wenn durch Bitten der Eigenthümer veranlaßt wird, von ſeinen Klagen abzuſtehen, wird der Beſitz doch nur dann ein prekärer, wenn ſich jener Vorgang als ein Aufgeben des ſeitherigen Beſitzes und als Erwerbung eines neuen abgeleiteten darſtellt. Alles dies verhält ſich ebenſo beim Quaſibeſitz des Uſusfructs, ſoweit dieſer einen Anſpruch auf die Detention der körperlichen Sache gewährt, indem auch hier alle Nutzungshandlungen ſich nur als Conſequenzen der Ergreifung der Detention darſtellen und daher, ſobald dieſe fehlerlos geſchehen iſt, auch fehlerlos bleiben. Bei den Servituten aber, welche durch einzelne von einander unabhängige und ſelbſtändige Handlungen ausgeübt werden, iſt eine ſolche Folgerung aus der einen Ausübungshandlung auf die andere durchaus unmöglich und darum, daß eine fehlerfrei war, iſt der Schluß,

---

82) L. 17 comm. praed. 8, 4.

daß auch die ſpätere es ſein wird, noch keineswegs gerechtfertigt; deßhalb werden wir denn auch zugeſtehen müſſen, daß ein einmal fehlerloß begonnener Beſitz ſolcher Servituten noch nachträglich fehlerhaft werden kann[o2]). Das findet nicht nur bei Wegegerechtigkeiten und derartigen Servituten Anwendung, wo die meiſten Ausübungshandlungen mit ihren Wirkungen ſchnell vorübergehen, ſondern auch bei ſolchen, wo dies nicht der Fall iſt, wenn nur von Zeit zu Zeit der Inhalt der Servitut ganz von Neuem reproducirt werden muß. So z. B. wird eine servitus tigni immittendi, wenn ein Balken weder gewaltſam, noch heimlich, noch bittweiſe immittirt iſt, fehlerloß ausgeübt, ſo lange jener Balken in ſeiner Lage bleibt, und ſelbſt dadurch wird die Ausübung noch zu keiner gewaltſamen werden, daß eine kleinere Reparatur, die den Balken in ſeiner Oeffnung läßt, nur mit Gewalt hat erreicht werden können, da ſich dieſe nur als eine Conſequenz jener erſten Immiſſion darſtellt. Iſt aber der alte Balken entfernt, und die Einſchiebung des neuen kann nur mit Gewalt durchgeſetzt werden, ſo wird dadurch der ſeither fehlerfreie Beſitz zu einem vitiöſen werden.

Bei den Realſervituten entſteht noch die Frage, ob ſich der Beſitzer des herrſchenden Grundſtücks auf die Ausübung ſeines Vorgängers im Beſitz dieſes Grundſtücks berufen kann, um für ſich den Beſitz der Servitut nachzuweiſen, — eine Frage, für deren Entſcheidung wir in den Quellen keinen Anhaltspunkt finden[p2]). Wir müſſen hier die Servituten, welche zur Zeit des Wechſels im Beſitz der herrſchenden Sache nur durch Vornahme ganz neuer ſelbſtändiger Handlungen ausgeübt werden können, ſei es, weil ſie von Anfang an nur auf ſolche gerichtet ſind, ſei es, weil grade jetzt der durch dieſelbe bezweckte Zuſtand unterbrochen iſt und die Vorrichtung der

---

o2) Damit hängt es zuſammen, daß, wie wir ſpäter ausführen werden, die Quellen für die Erſitzung der Servituten einen beſondern Nachdruck darauf legen, daß nec vi, nec clam, nec precario geübt ſein dürfe.

p2) Dort wird wohl beſtimmt, daß die Ausübung durch den Vorgänger die Servitut gegen den Untergang durch Nichtgebrauch ſchützt, und ebenſo, daß darauf die Wege- und Waſſerinterdicte geſtützt werden können, — aber aus dieſen ſingulären Inſtituten wird für den Beſitz eine ſichere Entſcheidung nicht gezogen werden können.

Herſtellung bedarf, von denen ſcheiden, die durch eine Vorrichtung einen dauernden Zuſtand zu Gunſten des Servitutberechtigten geſchaffen haben. Für die erſtere dieſer beiden Klaſſen bietet ſich eine Analogie nur in dem Erben, der ebenſo mit Rechtsnothwendigkeit in alle Rechte des Erblaſſers ſuccedirt, wie der Erwerber des Grundſtücks in alle mit denſelben verbundenen Realſervituten; wie aber der Erſtere nicht in den Beſitz ſeines Erblaſſers ſuccedirt, ſondern von ihm ſelbſt gefordert wird, daß er corpore et animo Beſitz ergreife, der dann allerdings in mancher Beziehung als eine unmittelbare Fortſetzung des früheren gilt, ſo wird man deßhalb auch hier verlangen müſſen, daß der neue Erwerber des Grundſtücks auch ſelbſt erſt den Beſitz von Neuem erwerben müſſe, ehe er ſich darauf wird berufen können. Da jedoch hier eine wirkliche Succeſſion in den Beſitz ſtattfindet, und deßhalb die Gründe wegfallen, durch welche wir oben die Regel glaubten rechtfertigen zu können, vermöge deren nur durch wirkliche Ausübung der Servitutbefugniß der Beſitz daran erworben wird, ſo wird man hier vielleicht weniger ſtrenge ſein und ſchon die Succeſſion in den Servitutenbeſitz, wie in den körperlicher Sachen, annehmen können, wenn nur der Erwerber des Grundſtücks in einer Lage iſt, wo er die Servitut ungeſtört ausüben kann, und er ſeinen Willen, dieſe Servitut zu beſitzen, in unzweideutiger Weiſe zu erkennen gegeben hat.

An den Servituten, deren Ausübung einen andauernden Zuſtand geſchaffen haben, und die durch das Vorhandenſein dieſes Zuſtands genügend charakteriſirt werden[q1]), wird der, welcher den Beſitz der herrſchenden Sache erwirbt, unmittelbar damit auch die Quaſipoſſeſſio erworben haben, indem durch das Vorhandenſein jener Vorrichtung ſchon ſeine factiſche Herrſchaft genügend documentirt iſt, da ſie ihm zu Gebote ſteht, wie ſie ſeinem Vorgänger zu Gebote ſtand. Der Aeußerung eines beſondern animus possidendi für den Servitutenbeſitz bedarf es hier auch nicht, ſondern es wird angeſehen werden müſſen, als ſei dieſer in dem Willen, die körperliche Sache zu beſitzen, ſchon enthalten, da der Servitutenbeſitz, ſo lange der jetzige factiſche Zuſtand der dienenden Sache andauert, eine nothwendige

q1) Vgl. oben S. 677.

Consequenz des Besitzes der herrschenden Sache ist und also, wer den letztern ergriff und doch jenen Zustand nicht irgendwie aufhob, damit sich auch dem Servituteubesitz unterziehen zu wollen erklärt. Ohnehin wird häufig, z. B. bei einer serv. tigni immittendi, in Folge deren der Balken bereits vom früheren Besitzer immittirt ist, so lange diese Immmission fortdauert, die Vornahme irgend einer neuen Ausübungshandlung durchaus unmöglich sein und dem Nachfolger im Besitz daher auch jede Gelegenheit genommen sein, seine factische Herrschaft über die Servitut und seinen Willen, sie zu besitzen, anders, als durch Belassung des seitherigen Zustands, zu bethätigen.

Durch Stellvertreter wird der Servitutbesitz überall geübt werden können, wo dem Charakter der Servitut gemäß, die einzelne Ausübungshandlung durch Andere, als den Berechtigten in eigener Person vorgenommen werden kann, und müssen dann bei Realservituten diese Stellvertreter immer in dem factischen Verhältniß zu der herrschenden Sache sein um den Ertrag der Ausübung auf dieselbe verwenden zu können. Daß daneben ein rechtliches Band zwischen dem Stellvertreter und dem, für welchen er besitzt, bestehen muß, gilt hier, wie bei dem Besitz körperlicher Sachen.

Erſtes Kapitel.

Abgeleiteter Erwerb der Servituten.

§. 63.

Qualification des Auctors und des Erwerbers.

Die Belaſtung einer Sache mit Servituten ſtellt ſich als eine Verringerung derſelben und als eine Veräußerung einzelner ihrer Attribute dar, und deßhalb iſt nur derjenige dazu ermächtigt, welcher die vollſtändige, rechtsbegründete Herrſchaft über dieſe Sache hat, alſo zunächſt der Eigenthümer, falls deſſen Dispoſitionsbefugniß und insbeſondere deſſen Veräußerungsbefugniß nicht aus irgend einem Grunde gehemmt iſt[a]). In allen den Fällen, wo das Eigenthum nur ein bedingtes iſt, ſo daß es von dem Eintritt oder Nichteintritt eines Umſtandes abhängt, ob das jetzige Eigenthum rückwärts bis zu dem Moment aufgelößt wird, wo es angefangen hat ein bedingtes zu ſein [resolvitur ex tunc], oder ob es als ein unbedingtes fortdauert, da wird jede von einem ſolchen Eigenthümer beſtellte Servitut ebenfalls eine bedingte ſein, und im Falle der Auflöſung des Eigenthums durch Eintritt der Bedingung erlöſchen deßhalb auch alle von demſelben abgeleiteten Servituten mit allen ihren Conſequenzen[b]). Auch derjenige, welcher nur eine ideelle Quote des

a) So können regelmäßig keine Servituten beſtellt werden an den Sachen eines Unmündigen, l. 3 § 5 de rebus eorum qui sub tutela 27, 9; ebenſo an den res litigiosae, l. 4 § 4 de alien. ind. mut. 4, 7. Vgl. Vat. fragm. § 45.

b) L. 16 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 105 de cond. et demonstr. 35, 1; vgl. § 19 S. 178.

Eigenthums einer Sache hat, kann ſie, wie ihm jede ſelbſtändige Verfügung über den Körper derſelben fehlt, für ſich allein auch nicht mit Servituten belaſten[c]), und nur in Betreff der veräußerlichen und darum theilbaren Servituten iſt, wie wir in § 55 S. 542 ausführten, in ſo fern eine Ausnahme gemacht, als man es als möglich anerkannt hat, daß ſie allein die einzelne Quote des Eigenthums beſchränken können. Man könnte ſich freilich verſucht fühlen, den einzelnen Miteigenthümern auch die Beſtellung von negativen Servituten zu geſtatten, indem man davon ausginge, bei einer Communion habe jeder Intereſſent die Befugniß, alle poſitive Einwirkung Anderer auf die gemeinſame Sache durch ſeinen Widerſpruch zu verhindern[d]), und daraus folgerte, dieſes Recht müſſe auch jeder durch Beſtellung negativer Servituten auf Dritte übertragen können. Wie aber doch der Inhalt negativer Servituten ein ganz anderer iſt, als der eines einzelnen Miteigenthums, und wie daher jene Folgerung unhaltbar iſt, zeigt ſich ſchon dann, wenn man den rechtlichen Erfolg ſolcher Handlungen, welche gegen eine negative Servitut, und ſolcher, welche ohne Erlaubniß der Miteigenthümer vorgenommen ſind, ins Auge faßt. Der Servitutberechtigte kann neben voller Entſchädigung auch unbedingte Herſtellung des Zuſtandes fordern, welcher vor der Verletzung der Servitut ſtatt fand, alſo z. B. Niederreißung des gegen eine serv. altius non tollendi höher Gebauten, während der Miteigenthümer, gegen deſſen Verbot die gemeinſchaftliche Sache verändert iſt, zwar immer Entſchädigung fordern kann, falls er wirklich unrechtmäßig Schaden dadurch erlitt, dagegen Aufhebung der Aenderung nur, wenn dies im Intereſſe der Geſammtheit der Miteigenthümer liegt[e]). Könnte er daher

c) L. 2 und l. 11 de serv. 8, 1; l. 34 pr. de S. P. R. 8, 3; l. 6 § 1 comm. praed. 8, 4.

d) L. 11 si serv. vind. 8, 5.

e) L. 26 de S. P. U. 8, 2. Die Beſeitigung der Aenderung kann nur durch poſitive Handlungen auf oder mit der gemeinſamen Sache geſchehen; und dazu iſt wieder keiner der Intereſſenten allein und auch der dadurch Verletzte nicht berechtigt, ſondern ſein Recht muß durch das der andern ergänzt werden. Von dem, der früher eigenmächtig änderte, ſoll aber dieſe Zuſtimmung erzwungen werden können, falls die Herſtellung des alten Zuſtandes im Intereſſe der Geſammtheit liegt.

negative Servituten bestellen, so würde er noch immer Andern mehr Rechte übertragen, als er selbst hat, und auch hier durch Entziehung einer Eigenschaft positive Veränderungen mit der ganzen Sache vornehmen, wie sie dem einzelnen Miteigenthümer nicht zustehen. — Dazu ist überall nur die Gesammtheit der Interessenten berechtigt, und strenge genommen müßte man daher verlangen, daß sie gemeinsam den Errichtungsact vollführten, wenn eine gültige Servitut an der gemeinsamen Sache entstehen soll f); allein eine mildere Meinung hat hier obgesiegt [receptum est, sagt Paulus in l. 18 comm. praed. 8, 4] und gestattet, daß, falls eine Servitut durch Geschäfte unter Lebenden errichtet werden soll, jeder Einzelne durch einen besondern Akt die Errichtung für seinen Theil vornehmen kann, so daß die Servitut mit dem Moment als völlig constituirt gilt, wo auch der letzte der Interessenten diesen Akt vornimmt, vorausgesetzt, daß die Lage der Dinge dann noch eine solche ist, daß die früher vorgenommenen Errichtungsacte der andern Interessenten, wenn sie in gleicher Weise in diesen Moment vorgenommen würden, zur Constituirung der Servitut genügten g). Hat daher einer der Miteigenthümer seitdem seinen Antheil veräußert, ohne daß der neue Erwerber den Akt wiederholt hat, ja ist nur Einer derselben seitdem gestorben, ohne daß der Erbe diese Erneuerung vorgenommen hat, wozu er mitunter in Folge des Rechtsgeschäftes, welches den Errichtungsakt des Erblassers veranlaßte, obligatorisch verpflichtet sein kann, so ist den Anforderungen nicht genügt, und eine Servitut ist nicht errichtet h). Dagegen gewähren die einzelnen partiellen Errichtungsakte dem künftigen Servitutberechtigten schon dadurch einen Vortheil, daß jeder Interessent, der sie vorgenommen hat, in so fern daran gebunden ist, als er seiner Seits die Ausübung des cedirten Rechts nicht mehr hindern darf i), indem das in dem Cessionsacte enthaltene

f) In l. 11 de S. P. R. 8, 3 sagt Celsus von solchem Falle: subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant.

g) Ulpian begründet dies in l. 10 § 1 de aqua pluv. arc. 39, 3 damit: quia et posteriorem voluntatem Praetor tueri debet.

h) L. 18 comm. pr. 8, 4.

i) L. 11 de S. P. R. 8, 3.

pactum dem Ceſſionar eine Exception gegen die negatoriſche Klage des Cedenten ſchaffen muß. Das wird aber dem Singularſucceſſor deſſelben gegenüber nicht wirkſam ſein und dieſer daher die Ausübung des cedirten Rechts hindern können.

Soll durch letztwillige Verfügung eine Servitut an einer gemeinſamen Sache errichtet werden, ſo wird verlangt, daß nicht nur alle Intereſſenten ſie anordnen müſſen, ſondern daß auch die Erbſchaft derſelben gleichzeitig angetreten werde, „nec enim“, wie Paulus ſagt, „sicut viventium ita et defunctorum actus suspendi receptum est“[k]; ein Satz, der auch mit den ſonſtigen Grundſätzen des Legatenrechts in Einklang ſteht. Wenn nur Ein Intereſſent die Servitut im Teſtament beſtellt hat, die Andern aber ebendieſelbe noch vor Antritt der Erbſchaft durch Geſchäfte unter Lebenden errichten und in dem Moment der Erbſchaftsantretung noch in der Lage ſind, um die Servitut für ihren Theil conſtituiren zu können, ſo wird man auch hier, wenn dies auch in den Quellen nicht ausdrücklich entſchieden wird, eine gültige Errichtung annehmen müſſen, da ja die Fortdauer des Willens der Lebenden präſumirt, der des Verſtorbenen aber im Moment der Erbſchaftsantretung wirkſam iſt, und alſo dann der Wille aller Intereſſenten zuſammentrifft.

Wir haben ſeither nur den Eigenthümer als zur Servitutbeſtellung berechtigt aufgeführt. Daneben haben aber unſern frühern Beſprechungen gemäß [vgl. § 34 S. 298 ff.] auch der Emphyteuta und Superficiar ein dingliches und veräußerliches Recht, vermöge deſſen ſie über den Körper der Sache verfügen können, und deßhalb wird ihnen auch die Befugniß zugeſtanden, Servituten, wenn auch nur prätoriſche und „non iure constitutae“ [vgl. § 29 S. 263], an der emphyteutiſchen oder ſuperficiariſchen Sache zu errichten[l]. Wie ihre Herrſchaft aber eine beſchränkte iſt, ſo dürfen ſie auch

k) L. 18 comm. praed. 8, 4.

l) L. 1 pr. quibus mod. usufr. 7, 4; l. 1 § 9 de superf. 43, 18. Nach unſern Ausführungen im § 28 S. 256 ff. wird dieſen noch der Usufructuar zuzuzählen ſein, da ſich eine Beſtellung von Perſonalſervituten an der uſufructuariſchen Sache nur als eine beſchränkte Veräußerung eines Theils ſeines Ususfructs darſtellt.

niemals durch Servitutbestellung Andern solche Befugnisse verleihen, wie sie ihnen selbst nicht zustehen, und ferner vermögen die von ihnen errichteten Servituten nicht über die Zeit hin zu wirken, auf welche ihr eigenes Recht von vorne herein beschränkt ist, und sobald dasselbe daher aus einem auf seiner Natur mit Nothwendigkeit beruhenden Grunde erlöscht, müssen auch alle von demselben abgeleitete Servituten, ebenso wie etwa daran haftende Pfandrechte gänzlich erlöschen Freiwilliger Verzicht des Emphyteuten oder Superficiars und dadurch herbeigeführte Consolidation vermögen aber allein die abgeleitete Servitut noch nicht aufzuheben, sondern diese dauert fort, bis ein Zustand eintritt, wo die Emphyteusis oder Superficies nothwendig hätte erlöschen müssen.

Der bonae fidei possessor kann keine eigentlichen Servituten bestellen [höchstens ist ein Ususfruct an der bonae fidei possessio als solcher denkbar, da diese zu den bona gehört (l. 49 de V. S.) und an Allem, was in bonis ist, ein Ususfruct in Folge des bekannten Senatusconsults bestellt werden soll]; seit Ausdehnung der Publicianischen Klage werden aber auch die von ihm abgeleiteten Servituten geschützt, bis sie vom Eigenthümer selbst angegriffen werden. Seitdem wird auch der bonitarische Eigenthümer Servituten, und zwar mit gleicher Kraft wie die vom quiritanischen Eigenthümer bestellten, haben constituiren können. Ob schon früher ein Mittel gefunden war, welches ihm diese Befugniß gab, können wir nicht mehr mit Sicherheit erkennen.

Zum Erwerb von Personalservituten ist jeder ermächtigt, welcher überhaupt rechts- und erwerbsfähig ist, und wie weit der Erwerb durch Stellvertreter geschehen kann, ist ebenfalls durchaus nach den allgemeinen Regeln über Stellvertretung zu bestimmen[m]). Um aber eine Realservitut zu erwerben, genügt es nicht, im Allgemeinen rechtsfähig zu sein, sondern, da dieselbe immer von

---

m) Vgl. z. B. Vat. fragm. de usufr. § 51, § 55, § 57; l. 6 § 2 de usufr. 7, 1.

einem geeigneten Grundstück getragen und mit ihm untrennbar verbunden sein muß, so vermag nur derjenige eine Realservitut zu erwerben, welcher in einem solchen Verhältniß zu einem derartigen Grundstück steht, daß er diese Verbindung zwischen letzterem und der Servitut vorzunehmen vermag. Die Errichtung einer Realservitut zu Gunsten eines Grundstücks schafft diesem immer eine ihm seither fehlende Eigenschaft und verbessert dasselbe also; aber deßhalb ist sie doch auch zugleich eine Veränderung desselben, und dazu ist nur berechtigt, wer die vollständige, rechtsbegründete Herrschaft über das Grundstück hat, und also zunächst der Eigenthümer desselben[n]), der aber, sobald er nur überhaupt handlungsfähig ist, weil die Sache nur besser, nicht schlechter durch den Erwerb von Servituten werden kann, hierin ganz unbeschränkt ist[o]). Aus diesem Grunde hat man wohl die strenge Consequenz für den Fall aus dem Auge gesetzt, in welchem das Eigenthum des Erwerbers nur ein bedingtes war und nun nach Eintritt der Bedingung rückwärts aufgelößt worden ist, indem der Satz angenommen ward, daß dann die von ihm erworbenen Servituten nicht ebenso, wie die von ihm errichteten hinfällig werden sollen, sondern daß sie als unwiderruflich constituirte Rechte an der Sache haften bleiben und deren Schicksal theilen[p]). Dem, welchen der Eintritt der Bedingung zum Eigenthum berief, konnte daraus kein Nachtheil werden, und da die Constituenten hier, wie bei jeder Realservitutserrichtung, etwas Immerwährendes schaffen wollten, so ließ man ihrem Willen freien Lauf, wenn man auch dadurch die ratio iuris verletzte.

Strenger hielt man sie dagegen ein, falls die Sache, welcher die Servitut erworben werden soll, im Miteigenthum Mehrerer stand. Es wird wiederholt und bestimmt ausgesprochen, daß der einzelne Miteigenthümer der gemeinsamen Sache keine Realservitut

---

n) § 2 J. de serv. II, 3; l. 5 comm. praed. 8, 4; l. 6 § 5 de act. emt. vend. 19, 1.

o) Z. B. auch, wenn ein Ususfruct an der Sache haftet; vgl. l. 15 § 7 de usufr. 7, 1.

p) L. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

erwerben kann[q]), ſondern alle Miteigenthümer gemeinſam handeln müſſen, oder wenigſtens in der Weiſe ſucceſſiv, daß, wenn der letzte von ihnen das Errichtungsgeſchäft abſchließt, die übrigen Intereſſenten durchaus noch in derſelben Lage der gemeinſamen Sache gegenüber ſind, als wie ſie ihrerſeits das Geſchäft abſchloſſen[r]).

Daß der Uſufructuar keine Realſervitut für die uſufructuariſche Sache erwerben kann, wird ausdrücklich anerkannt[s]) und gewiß mit Recht, da er, wenn er auch die Sache factiſch in ſeiner Gewalt hat, doch nur in ſo weit eine rechtsbegründete Herrſchaft über ſie auszuüben vermag, als er die ihm zuſtehende Nutzungsbefugniß ausübt. In Allem, was nicht hierzu erforderlich iſt, iſt die Sache für ihn eine fremde, und er iſt daher eben ſo wenig berechtigt, ihr für alle Zeiten Realſervituten zu verbinden, wie irgend ein Dritter. Daß er ſich den Inhalt einer Realſervitut für die Dauer ſeines Uſusfructs als Perſonalſervitut beſtellen kann, und damit ſein eigenes Intereſſe genügend zu wahren vermag, ergiebt ſich genügend aus dem früher Ausgeführten [vgl. § 23 S. 198]. Ganz anders verhält es ſich mit dem Emphyteuten, wenn gleich wir darüber keine ausdrückliche Entſcheidung haben. Da aber Alles darauf deutet, daß er für die Dauer ſeines Rechts eine vollſtändige und ausſchließliche Herrſchaft über den ganzen Körper der Sache hat [vgl. § 33 S. 298 ff.], ſo wird er auch ebenſo, wie er die der emphyteutiſchen Sache bereits zuſtehenden Servituten für die Sache und alſo in einer ſpäter auch für den Eigenthümer wirkſamen Weiſe geltend machen, oder wie er durch Ausübung von Wegegerechtigkeiten jedem künftigen Innehaber der Sache den Interdictenſchutz für eine gleiche Ausübung ſichern kann, für alle Zeiten gültige Realſervituten zu Gunſten der emphyteutiſchen Sache zu erwerben vermögen, und was damit im Zuſammenhang ſteht, der ſogenannte Eigenthümer der Sache wird während der Dauer der Emphyteuſis dieſe Befugniß nicht mehr haben.

Ob der bonae fidei possessor Servituten für die nur beſeſſene

---

q) L. 11 de serv. 8, 1; l. 5 comm. praed. 8, 4; l. 4 § 3 si serv vind. 8, 5; l. 3 de serv. leg. 33, 3; l. 140 § 2 de V. O. 45, 1.

r) L. 18 comm. praed. 8, 4.

s) L. 15 § 7 de usufr. 7, 1.

Sache erwerben kann, wird wieder nirgends entschieden, und auch in unserer Litteratur finde ich die Frage kaum angeregt. Nachfolgender Gesichtspunkt scheint einigen Anhalt für die Entscheidung dieser zweifelhaften Frage zu geben. Daß der bonae fidei possessor die Servituten, welche der Sache bereits zustehen, klageweise geltend machen kann, wird allgemein angenommen[t]), und gewiß mit Recht, da, wenn ihm die Mittel gewährt sind, um sich die ganze Sache zu erhalten, er auch in der Benutzung der einzelnen Attribute derselben geschützt gewesen sein wird. Allein wie er alle die Klagen, die er, als ob er Eigenthümer sei, zum Schutz der besessenen Sache anstellen kann, nicht in ihrem ganzen Betrage hat, so daß sie dadurch auch für den Eigenthümer consumirt werden, sondern nur nach Maßgabe seines Interesses[u]), so wird auch ein Sieg, den er auf Grund seiner Servitutenklage erficht, die Realservitut dem von ihm besessenen Grundstück nicht für alle Zeiten sicher stellen, sondern nur, so lange er oder seine Universal- oder Singularsuccessoren dieselbe inne haben, sei es, daß sie daran nur noch die bonae fidei possessio haben, oder daß diese zur Erwerbung des Eigenthums geführt hat. Der damalige Eigenthümer wird sich daher nicht auf das dem Besitzer gegenüber ergangene Urtheil berufen können, wie er dagegen auch nicht bei unglücklichem Ausfall desselben seine confessorische Klage verliert. Was nun vom wahren Processe gilt, wird auch bei einem fingirten gegolten haben, und demgemäß möchte ich annehmen, daß jedem bonae fidei possessor Realservituten zu Gunsten der von ihm besessenen Sache in iure cedirt werden konnten, daß aber der Eigenthümer, und wer von ihm sein Recht ableitete, dieselben nicht geltend zu machen vermochte. Da uns nichts anders berichtet wird, werden wir diese Grundsätze auch hinsichtlich der andern Errichtungsarten anwenden müssen und dem bonae fidei possessor immer nur in beschränkter Weise die Befugniß zum Erwerbe von Realservituten zugestehen können.

Für alle zum Erwerb von Realservituten qualificirten Personen können Stellvertreter in Gemäßheit der gewöhnlichen Regeln erwerben,

---

t) Vergl. Jehring a. a. O. S. 107 und die Note 4 daselbst Angeführten.

u) Vergl. die angeführte Abhandlung von Jhering.

und namentlich ſind auch Sklaven dazu befähigt, wenn ihr Gewalthaber ein geeignetes Grundſtück inne hat. Nur auf Grund einer letztwilligen Verfügung konnten ſie dem Herrn keine Realſervitut erwerben. Es galt nämlich der Grundſatz, daß ſie nur mit dem honorirt werden ſollten, was für ſie ſelbſt, wenn ſie bis zum Erbſchaftsantritt freigelaſſen wurden, auch Werth haben könne; auf dieſe Möglichkeit mußte doch immer der Sinn des Teſtators gerichtet ſein, wenn er ſie, nicht ihren Herrn, als den Honorirten nannte, und deßhalb war ein ſolches Legat immer von der Bedingung abhängig, wenn ſie das und das Grundſtück zur Zeit der Erbſchaftsantretung zu Eigen haben würden. Dieſe Bedingung deficirte aber, wenn ſie noch Sklaven waren, und folglich erwarben ſie auch dem Herrn das Legat nicht[v]).

§. 64.

Entſtehung durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden[a]).

Die Mancipation, an die ſich bald die in iure cessio anſchloß, war das älteſte Geſchäft unter Lebenden, welches Servituten zu

---

v) Vat. fragm. § 56; l. 5 de serv. leg. 33, 3.

a) Ob eine Servitut durch bloßen Vertrag entſtehe, oder ob Tradition hinzutreten müſſe, iſt, ſeitdem auf Anregung Savignys durch Schmidtlein [de servitutibus per pactum constituendis Göttingen 1823] und Michelſen [civ. Archiv Bd. IX Nr. 9, 1825] die alte, ſeit den Gloſſatoren faſt ohne Ausnahme anerkannte Theorie angegriffen wurde, Gegenſtand einer lebhaften und viel behandelten Controverſe geworden. Die herrſchende Meinung geht jetzt dahin, daß der bloße Vertrag zur Servituterrichtung genügt, und von den jetzt lebenden bedeutenderen Rechtslehrern haben nur Franke [civiliſtiſche Abhandlungen Nr. 3, 1828] und von Bangerow [Leitfaden Bd. I § 350 6te Aufl.] die alte Lehre öffentlich vertheidigt. Ein bis auf die Gegenwart fortgeführtes Regiſter über die Anhänger jeder Partei giebt von Bangerow a. a. O. Da man nun wiederholt die Lehre von der Errichtung durch Rechtsgeſchäfte in Controversform dargeſtellt und dabei die einzelnen angeführten Gründe und Gegengründe geprüft hat [namentlich iſt Hoffmann, die Lehre von den Servituten Bd. II, S. 64 hier ſehr eingehend], ſo habe ich geglaubt, die Polemik im Ganzen mehr zurücktreten laſſen zu dürfen und lediglich im Anſchluß an das in unſern Quellen für die Entſcheidung der einſchlagenden Fragen

ſchaffen vermochte, und beide waren lange Zeit auch die einzigen, und noch in der Periode der klaſſiſchen Jurisprudenz erzeugten nur ſie ſolche Servituten, für welche alle civilrechtlichen Attribute in Anſpruch genommen werden konnten[b]). Dieſe Akte wurden zur Servituterrichtung nicht nur in der Weiſe benutzt, daß bei der Mancipation oder in iure cessio der körperlichen Sache Servituten an derſelben zu Gunſten des Veräußerers beſtellt wurden, ſo daß dieſer einzelne Eigenthumsbefugniſſe retinirte und von der Uebertragung der übrigen Elemente der Sache ausnahm[c]), ſondern es konnte die Servituterrichtung auch der einzige Gegenſtand des Geſchäfts ſein, und dies wird wohl die urſprüngliche und immer die häufigere Anwendungsweiſe geweſen ſein. Der exkluſive Charakter dieſer ſtreng civilen Geſchäfte bewährte ſich nun aber auch hier darin, daß abgeſehen davon, daß die Mancipation zur ſelbſtändigen Beſtellung nur bei Wege- und Waſſerleitungsſervituten, den einzigen res mancipi [vgl. § 1 S. 12 ff.], benutzt werden konnte, beide Geſchäfte ſtets vorausſetzten, daß Beſteller und Erwerber römiſche Bürger waren, da nur dieſe ſagen konnten: ius mihi est eundi agendi u. ſ. w., daß ſie ferner in Perſon und nicht durch Stellvertreter handelten, und daß endlich das Object ein ſolches ſei, woran nach Civilrecht iura zu Gunſten von Privaten beſtehen konnten. Darum genügten dieſe Formen nicht, um am Provinzialboden Servituten zu ſchaffen[d]). Dieſe Beſchränkungen mußten das Bedürfniß nach neuen Errichtungsformen hervorrufen, ſobald das römiſche Recht einem freiern Verkehr, wie ihn die großartigen Verhältniſſe des ſpätern Roms forderten, Rechnung zu tragen begann, und die Provinzen Schauplatz des römiſchen Lebens und demgemäß auch des römiſchen Rechtes wurden. Hier trat das Bedürfniß nach ſervitutartigen Rechten ſo gebieteriſch auf, daß die Rechtsbildung in einer ganz eigenthümlich ſelbſtändigen Weiſe grade auf ihr Ziel loß ging und auf durchaus rationellem Wege ſich eine ganz neue,

gebotene Material und auf antiquariſche Specialfragen nur ſo weit eingehend, als es das Verſtändniß dieſes Materials nöthig macht, dieſe ſchwierige Lehre erörtern zu können.

b) Gaius II § 29 und § 30; Ulp. XIX, 11.

c) Gaius II § 33. Fragm. Vatic. § 47—§ 50.

d) Gaius II § 7 und § 31.

nur für Provinzialboden anwendbare Errichtungsform ſchuf, von der uns nur Gaius in ſeinen Inſtitutionen berichtet. Die Provinzialedicte der Magiſtrate, die jedoch, wie man bei ihrer Uebereinſtimmung vermuthen kann, in Folge höherer Autoriſation handelten, ſcheinen dies Inſtitut geſchaffen zu haben, und nur aus der großen Machtvollkommenheit, die in den Provinzen die Beamten inne hatten, und die ſie dort ſo oft viel ſelbſtändiger und willkürlicher ſchalten ließ, erklärt ſich, wie eine ſolche Errichtungsart entſtand, die ſich nicht an irgend eine andere anerkannte Form anlehnte und darin einen erſten Anknüpfungspunkt fand. Man ging davon aus, daß an italiſchen Grundſtücken ſeither Servituten errichtet waren, ohne daß es zu dem ſolennen Beſtellungsacte Ausübung der zu beſtellenden Befugniß oder auch nur Anweſenheit auf dem zu belaſtenden Grundſtück erforderlich geweſen wäre, und daher war der eigentliche Kern jener ſolennen Errichtungsgeſchäfte, wenn man von der Einkleidung in einen feierlichen Proceß oder in einen in Gegenwart des Volks vorgenommenen Beuteerwerb abſieht, die Aeußerung des Conſenſes zwiſchen Auctor und Erwerber. Dieſe Einkleidung war, wo es ſich um Provinzialgrundſtücke handelte, aus Gründen des öffentlichen Rechtes nicht möglich, und man ſah ſich daher veranlaßt, hier nur das Weſentliche der ſeitherigen Entſtehungsarten zu fordern und überall, wo ſich der Conſens des Auctors und des Erwerbers unzweifelhaft ausgeſprochen hatte, auf Vollendung der Servitutbeſtellung zu ſchließen. Es genügten daher in den Provinzen ſchon bloße pactiones, die im Uebrigen nicht einmal klagbare Obligationen erzeugen konnten, zur Conſtituirung einer in jeder Hinſicht vollgültigen und geſchützten Servitut e).

e) Gaius II § 31. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive ius eundi agendi etc. . . . . ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. Manche, wie z. B. Franke in ſeinen civil. Abhand. S. 146 und von Bangerow, Leitfaden Bd. I S. 860 nehmen an, Gaius wolle nur ſagen, den Effekt, den Servituten haben, erreiche man bei Provincialgrundſtücken durch den Abſchluß von pactiones und stipulationes, indem man ſich unter einer Conventionalſtrafe die ungeſtörte Ausübung einer Befugniß auf fremden Grund

Mit dieſer Conceſſion hat nun freilich die alte römiſche Jurisprudenz in den Augen mancher unſerer Rechtslehrer eine große Sünde

---

und Boden verſprechen laſſe. Wie wenig aber eine Obligation dieſes Inhalts bei der Veräußerlichkeit eines jeden der beiden Grundſtücke den Effect der Servituten herbeiführt, geht ſchon aus früher Dargeſtelltem hervor. Sodann aber deutet doch der Ausdruck „si quis velit usumfructum constituere“ zu beſtimmt auf die Beſtellung des dinglichen Rechts hin, als daß man einen andern Sinn hineinlegen dürfte. Diejenigen, welche dies dennoch thun, berufen ſich freilich für ihre Anſicht auf eine Stelle des Corpus Juris, die ebenfalls von Gaius ſtammt, und worin derſelbe Ausdruck auch zur Bezeichnung einer bloßen perſönlichen Forderung gebraucht ſein ſoll. Die l. 3 de usufr. 7, 1 lautet nämlich:

> Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem, si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Daß Gaius nicht alſo geſchrieben haben kann, ohne mit ſeinen Inſtitutionen in den unbedingteſten Widerſpruch zu treten, leuchtet ſofort ein, und es wird daher allgemein angenommen, daß er das, was er nach der obigen Faſſung von jedem Uſusfruct an Grundſtücken ſagt, urſprünglich nur für den Uſusfruct an Provinzialgrundſtücken geſagt und ſtatt „omnium“ zunächſt „provincialium“ geſchrieben hat. Nun ſagt man aber von der Gegenſeite, Gaius ſtelle die pactiones und stipulationes dem Damnationslegat gleich, und von beiden brauche er den Ausdruck constituere usumfructum. Wie aber dann ſeiner eigenen Ausführung nach durch ein Damnationslegat nur eine Obligation entſtehe, ſo müſſe das auch bei den pactiones und stipulationes der Fall ſein, und daher auch der Ausſpruch in den Inſtitutionen eine gleiche Bedeutung haben. Allein bei dieſer Auffaſſung der Stelle kommt unſers Erachtens ein unentwirrbarer Zwieſpalt in dieſelbe. Denn Gaius ließe dann zuerſt durch Teſtament die Verpflichtung zur Servitutbeſtellung entſtehen, und geſtände zu, daß dieſe Verpflichtung durch Tradition der Servitut erfüllt werden und alſo auch an Provinzialboden wirkliche Servituten errichtet werden könnten, — dann aber würde er plötzlich ſagen: durch Geſchäfte unter Lebenden können keine Servituten entſtehen, ſondern der Eigenthümer kann ſich nur durch pactiones und stipulationes perſönlich verpflichten. Warum erwähnt er nicht auch im letztern Falle die Tradition, — und doch wieder, wie konnte er hier eine Tradition mit derſelben Funktion, wie ſie ihr in der Eigenthumslehre ertheilt ward, geſtatten, nachdem er ſie in ſeinen Inſtitutionen ſo beſtimmt als un-

begangen, und ſie glauben deßhalb das beſtimmte, wiederholte Zeugniß des Gaius mit Gewalt anders deuten zu müſſen. Es ſei unrömiſch, ſagen ſie, daß ein Vertrag andere Wirkungen hervorbringe, als eine Obligation, und „obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum“ f). Das Weſen jedes Vertrags beſtehe in einem Verſprechen und die Klage, die aus einem ſolchen Vertrage hervorgehe, könne daher ſchlechterdings auch nur darauf gerichtet ſein, daß der andere Paciſcent oder ſein Univerſalſucceſſor dieſes Verſprechen erfülle g).

---

möglich für res incorporales erklärt hatte? Unſers Erachtens iſt der Sinn der Stelle folgender: Inhalt eines Legats könne allerdings eine Servitut an Provinzialboden ſein, aber unmittelbar entſtehe ſie dadurch nicht, da das Vindicationslegat nur anwendbar ſei, wo ein civiles Recht verliehen werden ſollte, das Damnationslegat aber nur eine Obligation erzeuge. Aber durch letzteres werde der Onerirte zur Servitutbeſtellung verpflichtet, alſo zum Abſchluß eines Vertrags, und dieſer ſei abgeſchloſſen, si induxerit in fundum, eumve patiatur uti frui. Es iſt alſo nicht deßhalb eine Servitut errichtet, weil dieſer Act als Tradition aufgefaßt werden kann, ſondern deßhalb, weil er einen Vertrag enthält, und eben dieſer dient auch im zweiten Theil der Stelle dazu, um Servituten zu errichten. Daß Gaius aber dort noch mehr, als den Vertrag, nämlich förmliche Geſtattung der Ausübung fordert, zeigt, wie wir ſchon früher ausführten (§ 62 S. 666 Anm. pp), daß damals die wirkliche Ausübung, wenn ſie auch vielleicht noch nicht Quaſibeſitz verſchaffte, doch ſchon mit manchen Vortheilen ausgeſtattet war, wie z. B. mit den Interdicten gegen unrechtmäßige Störungen. Da nun Gaius den Legatar möglichſt vortheilhaft ſtellen und ein Reſultat bewirken wollte, welches der unmittelbaren Servituterrichtung möglichſt gleich kam, ſo rieth er, dem Onerirten durch Anwendung eines „dare“ auch die Verpflichtung zu ſolchem inducere u. ſ. w. aufzulegen. Um dieſes Beſtrebens willen mochte er auch Anfangs ſagen: „iure legati potest constitui ususfructus“, wobei ihm jedoch immer eine Ungenauigkeit in der Wortfaſſung zur Laſt fällt, da nur eine Obligation erzeugt wurde. Aber dieſer Vorwurf iſt unendlich viel geringer, als der, welcher ihn nach der Anſicht der Gegner trifft, und deßhalb wird dieſe Stelle die Behauptung, daß durch Vertrag an Provinzialboden Servituten beſtellt wurden, nicht widerlegen, ſondern im Gegentheil weſentlich unterſtützen.

f) L. 3 pr. de O. et A. 44, 7.

g) So z. B. von Vangerow, Bd. I, § 350 Anm. I S. 857.

Allein wenn ſich das auch in allen andern Fällen, wo Verträge abgeſchloſſen würden, alſo verhielte, ſo läge darin noch keinesfalls die Nothwendigkeit, daß nun auch grade hier der Vertrag nur ein Verſprechen enthalte, vielmehr kann die Thätigkeit des Beſtellers eben ſo gut als eine unmittelbare Dispoſition des Eigenthümers über ſeine Sache aufgefaßt werden. Die Errichtung einer Servitut ſtellt ſich immer als eine Ausſcheidung dar, die der Eigenthümer vornimmt, mag man nun mit mir die ausgeſchiedene Sache als eine Eigenſchaft der körperlichen Sache, oder mit Andern als einen Eigenthumsbeſtandtheil auffaſſen; immer aber iſt die übertragene Sache eine nur fingirte Sache, eine res incorporalis, die ſich nicht greifen und hin und hergeben läßt, und deßhalb iſt es auch das Natürliche und Zunächſtliegende, daß dieſe Ausſcheidung lediglich durch eine bloße Willensäußerung des Ausſcheidenden vor ſich geht; und daß er gleichzeitig irgend eine äußere Handlung vornimmt, die doch die rein in der Fiction beſtehende Sache nicht berühren und ergreifen kann, iſt eine Forderung, zu der das poſitive Recht aus Nützlichkeitsgründen oder auf hiſtoriſchem Wege gelangen kann, die aber durchaus nicht als ein Selbſtverſtändniß aufgefaßt werden darf. Dieſelbe Argumentation wiederholt ſich, wenn wir den Erwerber der Servitut ins Auge faſſen; er ſoll eine nur fingirte unkörperliche Sache erwerben, und deßhalb muß die bloße Aeußerung eines darauf gerichteten Willens genügen; daß er daneben äußere Handlungen vornimmt, vermag wieder die zu erwerbende unkörperliche Sache nicht zu berühren. Wir kommen daher zu dem Reſultat, daß die Entſtehung von Servituten durch bloßen Vertrag dem eigentlichen Weſen derſelben durchaus nicht widerſpricht, vielmehr ihrer ganzen Natur nur angemeſſen iſt, und daß wir daher dem Vertrage dieſe Wirkung beilegen dürften, wenn er auch in allen ſonſtigen Beziehungen überall nur als ein Verſprechen aufgefaßt würde, welches nur perſönliche Verpflichtungen im Gefolge hat. Das iſt nun aber keineswegs der Fall. Auf die Emphyteuſis dürfen wir uns freilich nicht berufen, weil hier derſelbe Streit herrſcht und die Gegner ſeit der Dinglichkeit derſelben den bloßen Pachtcontrakt nicht mehr zur Entſtehung genügen laſſen wollen. Die Berufung auf das Pfandrecht und ſeine allgemein anerkannte Conſtituirung durch Vertrag ſucht man uns dadurch unmöglich zu machen, daß man für daſſelbe den Charakter einer

obligatio rei in Anſpruch nimmt; allein wir begreifen nicht, wie aus dem Verſprechen, — das ſoll ja der Vertrag nur ſein, — welches der Eigenthümer giebt, ſpäter die Sache angehalten werden ſoll, wenn man in der Pfandbeſtellung nicht eine Dispoſition des Eigenthümers erkennt, durch welche er ſeiner Sache den Charakter einer res obligata verleiht und alſo ganz ähnlich verfährt, als wenn er ſie nach unſerer Anſicht zu einer res serviens macht[h]).

Gaius nennt aber in den obigen Stellen beides Mal neben den pactiones auch stipulationes, ohne näher anzugeben, ob dieſe neben oder ſtatt des bloßen Vertrags gebraucht werden ſollen, und ob ſie überall nöthig ſind. Manche haben hieraus entnommen, es ſei der Errichtungsvertrag in Stipulationsform eingekleidet geweſen und ſo für Provincialgrundſtücke eine neue ſolenne Entſtehungsweiſe geſchaffen worden. Daß dies möglich iſt, läßt ſich nicht leugnen, aber nichts deſto weniger erſcheint es höchſt unwahrſcheinlich. Denn während ſonſt die Stipulation immer eine actio ex stipulatu im Gefolge hatte, könnte hier von keiner ſolchen die Rede ſein, und auffallend bliebe es, daß uns nirgends die Formel einer ſolchen für die Servituterrichtung beſtimmten Stipulation überliefert iſt[i]), und um ſo mehr, als doch Juſtinian in ſeinen Inſtitutionen als praktiſches Recht die Forderung von Gaius für alle Arten von Servituten [nicht bloß für die an Provinzialgrundſtücken] wiederholt und

h) Wir werden ſpäter (§ 72) noch ein freilich auch nicht unangefochtenes Beiſpiel dafür anführen können, daß ein Vertrag unmittelbar über ein dingliches Recht verfügt: Zur Remiſſion einer Servitut, die im ältern Rechte durch in iure cessio und mancipatio geſchah (vgl. § 39 S. 389), genügte ſpäter der bloße Vertrag. Zunächſt werden wir da freilich und gegen unſere eigene frühere Annahme beweiſen müſſen, daß die Dereliction nicht ſchon allein die Servitut vernichtet und nicht deßhalb ſchon die darin enthaltene Befugniß an den Eigenthümer zurückfällt.

i) Man hat dieſe freilich in der ſchon früher (§ 62 S. 663) einmal von uns beſprochenen Stipulation finden wollen, worin der Eigenthümer verſprach: per se suosque non fieri, quominus eas, agas u. ſ. w. Wie aber dieſe keine Servitut erzeugte, geht aus den Entſcheidungen in l. 49 § 1 de V. O. 45, 1 hervor, wonach eine derartige Stipulation nicht verwirkt wird, wenn ein Anderer, als der Promittent, z. B. deſſen Bürge, die Ausübung der Servitut ſtört.

ſagt, ſie könnten errichtet werden durch pactiones atque stipulationes[k]). Um eine andere Erklärung für letztere zu finden, müſſen wir den Stand wieder ins Auge faſſen, in dem das Civilrecht ſich befand, als Gaius jenes ſchrieb. Wir ſahen oben, daß da, wo das am meiſten übliche Rechtsgeſchäft unter Lebenden, der Kaufvertrag, die Servitut hervorrufen ſollte, durch die alten civilen Entſtehungsformen nicht allen Anforderungen an den Verkäufer entſprochen werden konnte, ſondern der Abſchluß von Stipulationen nöthig war, um für die Tradition, welche beim Verkauf körperlicher Sachen eine ſo große Rolle ſpielt, ein Surrogat zu ſchaffen[l]). Dieſer ſelbe Proceß mußte

---

k) § 4 J. de serv. II, 3; § 1 J. de usufr. II, 4.

l) Daß die Sitte an dieſer Pönalcaution noch feſthielt, auch als ſie durch Ausbildung der Quaſitradition aufgehört hatte, eine nothwendige Conſequenz jedes Servitutenkaufs zu ſein, können wir daraus erkennen, daß ſie von den ſpätern Juriſten noch wiederholt beſprochen wird, ſo nicht nur von Paulus in l. 25 § 12 fam. herc. 10, 2; l. 36 de S. P. R. 8, 3; l. 2 § 5, l. 49 § 1, l. 85 § 3 de V. O. 45, 1, ſondern auch von Ulpian in l. 38 § 10–12 de V. O. Schon um der Conventionalſtrafe willen und wegen der dadurch herbeigeführten größeren Sicherheit gegen Störungen durch den Eigenthümer blieb dieſe Caution von erſprießlichem Vortheil. Eine andere Auffaſſung hat man freilich auf die ſchwierige l. 19 pr. de usufr. des Pomponius bauen wollen, welche lautet:

> Proculus putat insulam posse ita legari, ut ei *servitus imponatur*, quae alteri insulae hereditariae debeatur, hoc modo: si ille heredi meo promiserit, *per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur*, tum ei eorum aedificiorum *usumfructum* do lego, vel sic: aedium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, aedificatae non erunt, illi *usumfructum* do, lego.

Eine ſchon von der Gloſſe verſuchte, ſpäter namentlich von Huber vertheidigte und auch noch von Haſſe (Rhein. Muſeum Jahrg. 1 S. 87) feſtgehaltene Erklärung geht dahin, der Ausdruck Ususfructus ſei hier nicht im techniſchen, ſondern in einem vulgären Sinne zu nehmen, in welchem er Herrſchaft und Nutznießungsrecht ohne irgend welche Beſchränkungen, d. h. alſo Eigenthum, bedeute, denn ſonſt ſei es unbegreiflich, warum der Uſufructuar noch ausdrücklich verſprechen ſolle, nicht höher zu bauen, da ihm das ja als eine unerlaubte Veränderung ohnehin nicht geſtattet ſei. Allein viel unbegreiflicher würde es bleiben, wie ein Pomponius da, wo er nicht etwa vorhandene Legatenformeln nach dem muthmaßlichen Willen des Teſtators interpretirt, ſondern wo er ſelbſt neue Formeln aufſtellt, wiederholt ſo nachläſſig verfahren kann, ſtatt „proprietas“

ſich bei den durch Vertrag errichteten Servituten wiederholen, ſo lange die Quaſitradition nicht anerkannt war, und ſo wurden ſie auch hier üblich und dauerten fort, als ſie beim Kaufe nicht mehr jedesmal vom Verkäufer als Selbſtverſtändniß verlangt werden konnten. Sie empfahlen ſich auch hier noch um ſo mehr, als ſie einen ſichern Beweis lieferten, daß die pactiones wirkliche Servituten conſtituiren ſollten, und nicht etwa erſt ein pactum de constituenda servitute geweſen waren. So mochte man dieſe regelmäßig abgeſchloſſenen Stipulationen als ein Zubehör des Errichtungspactums anſehen, und Gaius führte ſie auch ſo auf, ohne daß er ſie jedoch deßhalb ſchon ohne Ausnahme gefordert hätte, und dadurch gingen

---

„ususfructus“ zu ſetzen. Und einer ſolchen unverzeihlichen Nachläſſigkeit brauchen wir auch unſers Erachtens Pomponius gar nicht zu zeihen, indem es doch immer noch einen bedeutenden Unterſchied ausmachte, ob der Uſufructuar nur vermöge der Beſchränkung ſeines Uſusfructs nicht höher baute, oder ob er ſich ausdrücklich durch Stipulation und wahrſcheinlich durch Pönalſtipulation (denn alſo ſcheinen dieſe Stipulationen: per se non fore u. ſ. w. doch immer geweſen zu ſein, wenn auch in den Quellen oft die Aufführung der Strafe weggelaſſen wird) zum Nichthöherbauen verpflichtet hatte, oder gar ſeinem Uſusfruct eine dahin zielende Reſolutivbedingung beigefügt war. Um Erſteres anſchaulicher zu machen, wollen wir nur daran erinnern, daß der Erbe, falls er die nuda proprietas an dem uſufructuariſchen Grundſtück verkauft hatte, ohne dieſe Specialſtipulation kein Mittel hatte, um das Höherbauen zu verhindern, wenn dies etwa für ein anderes von ihm zurückbehaltenes Grundſtück von größtem Nachtheil war. Daß aber die Leiſtung der Stipulation: per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, nicht eine wirkliche Servitut erzeugen ſoll, und demnach der Ausdruck im Anfang der Stelle: ut servitus imponatur, nur ein uneigentlicher iſt, kann keinem Zweifel unterliegen, wenn man bedenkt, daß ſonſt von dem Uſufructuar dem Eigenthümer eine Servitut an der eigenen Sache beſtellt würde, und es endlich ganz unerklärlich bliebe, wie aus der zweiten von Pomponius vorgeſchlagenen Dispoſition eine Servitut hervorgehen ſoll. Er will demnach nur ſagen, es können im Teſtament durch Auslegung von Stipulationen Einrichtungen getroffen werden, wodurch der Erbe in ſeiner Eigenſchaft als Eigenthümer des Nachbargrundſtücks und nicht bloß als Inneha ber der nuda proprietas gegen Ueberſchreitungen des Uſufructuars geſichert wird. — Andere Erklärungen, welche eine dritte Perſon in dieſe Stelle hineintragen, und ein doppeltes Legat, eins des Uſusfructs, eins der nuda proprietas, annehmen, ſtehen mit den Worten durchaus im Widerſpruch.

ſie denn auch in Juſtinians Inſtitutionen über[m]). Dieſe Auffaſſung derſelben wird auch beſtätigt durch die l. 33 de S. P. R. 8, 3[n]), wo Africanus ebenfalls die Stipulation neben dem bloßen Vertrage

---

m) Theophilus (zu § 4 de serv.) ſchildert demgemäß die dort erwähnten Stipulationen durchaus wie die beſprochenen Pönalſtipulationen.

n) Quum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Seianus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret; recte esse servitutem impositam sit, maxime si pacto stipulatio subdita sit. — Es erſcheint freilich auffallend, daß Africanus hier Servituten durch bloßen Vertrag entſtehen läßt; aber entweder handelt die Stelle von Provincialgrundſtücken, oder die Compilatoren haben daran gemodelt, da ja nach klaſſiſchem Rechte auch die Tradition der beiden Aecker nicht genügend geweſen wäre, um das civile Eigenthum daran zu übertragen. Darum hat es vielleicht urſprünglich ſtatt „tradidimus et in tradendo“ geheißen „mancipavimus et in mancipando“ oder „in iure cessimus et in cedendo“, und die Servitut iſt dann nicht durch bloßen Vertrag, ſondern durch eine mit der Hauptceſſion vorgenommene Nebenceſſion oder Mancipation entſtanden, und der Juriſt entſcheidet nur, daß ſolche Nebenceſſion möglich iſt, wenn ſie ſich entſchieden als ſolche darſtellt. Wäre die letztere Annahme die richtige, ſo könnte allerdings Africanus Ausſpruch nichts für die im Texte behandelte Frage beitragen, wohl aber könnte die Aufnahme dieſer Stelle in dieſer Faſſung in das Corpus Juris ein Fingerzeig ſein, daß die Compilatoren wenigſtens jene Inſtitutionenſtelle nicht ſo verſtanden, als ob der Abſchluß von Stipulationen ein nothwendiges Requiſit der Servitutenrichtung durch Vertrag ſei.

Der Stellen, die ihrer jetzigen Faſſung nach ältern Juriſten Ausſprüche in den Mund legen, wonach Servituten ohne Rückſicht darauf, ob die dienende Sache ein praedium provinciale iſt oder nicht, durch bloßen Vertrag entſtehen, giebt es mehrere, und namentlich gehören die dahin, welche, wie die obige, davon handeln, wie ein Grundſtück veräußert und gleichzeitig zu Gunſten deſſelben vom ſeitherigen Eigenthümer eine Servitut an einem zurückbehaltenen anderen Grundſtück beſtellt wird, ſo die l. 3 comm. praed. 8, 4 des Gaius, die l. 6 daſelbſt des Ulpians, die l. 36 de S. P. R. 8, 3 des Paulus und die l. 33 daſelbſt des Africanus. Man wird überall annehmen dürfen, daß urſprünglich ſtatt tradere, dare u. ſ. w. mancipare, in iure cedere darin ſtand, namentlich da in einer uns in den Vatikaniſchen Fragmenten (§ 47) unverfälſcht erhaltenen Stelle grade Paulus ſagt: In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine, si peregrino tradatur.

als Mittel der Servituterrichtung nennt, jedoch auch andeutet, daß sie nicht absolut nöthig sei, sondern sie nur empfiehlt, um den Schluß auf Constituirung einer Servitut unzweifelhaft zu machen. Seitdem sich aber die Quasitradition der Servituten ausbildete, mußte diese auch bei Provinzialgrundstücken Anwendung finden und die Stipulation konnte mehr zurücktreten. Für die Entstehung des dinglichen Rechts blieb die Quasitradition regelmäßig aber auch hier ein durchaus gleichgültiger Akt.

Anders aber gestaltete sich inzwischen das Verhältniß da, wo das Civilrecht Servituten anerkannte und zu der Errichtung seither die bestimmten solennen Formen gefordert hatte. Wir haben früher gesehen, wie der Prätor vielleicht erst zu Ulpians Zeiten der neuen Theorie vom Quasibesitz dadurch gerecht wurde, daß er die actio Publiciana ausdrücklich versprach, wenn eine Servitut tradirt sei. Damit aber hatte er die Veranlassung zu einer neuen Errichtungsweise von Servituten gegeben. Denn diese Klage schützte ja jetzt den Empfänger einer Servitut gegen jeden schlechter Berechtigten und hatte demnach da, wo die Tradition durch den wirklichen Eigenthümer vorgenommen war, überall denselben Erfolg, wie die confessorische, und es lohnte sich nicht mehr der Mühe, die solennen Errichtungsgeschäfte vorzunehmen, seitdem aus der Tradition ein Recht von gleicher Kraft entstand. Die Theorie wollte freilich die auf diese Weise entstandenen Rechte nicht gleich als Servituten anerkennen und sprach daher nur von einer possessio servitutum[o]) oder nannte sie servitutes tuitione praetoris constitutae[p]), da aber alle Vortheile der civilen Servituten auch solchen ertheilt wurden (vgl. § 29 S. 265), so war diese Entstehungsweise durch Tradition eine der Sache nach den civilen durchaus ebenbürtige und wird als solche von den Compilatoren behandelt[q]). Sie verlangte auch nicht mehr,

o) L. 3 si usufr. pet. 7, 6.

p) L. 1 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

q) Sie setzen z. B. da, wo früher mancipare und in iure cedere stand, jetzt einfach tradere, ohne sich dadurch abhalten zu lassen, daß die in Frage stehende Servitut gleich darauf als iure constituta bezeichnet wird; vgl. l. 32 de S. P. R. 8, 3.

daß Beſteller und Erwerber römiſche Bürger waren, geſtaltete dem bonitariſchen Eigenthümer ebenſo Servituten zu beſtellen, wie es unſers Wiſſens, ſo lange die ſolennen Formen nöthig waren, nur der quiritariſche Eigenthümer konnte, und wäre endlich auch für den Provinzialboden ebenſo anwendbar geweſen, wie für das praedium Italicum. Allein in den Provinzen war das Bedürfniß nach Servituten zu lebhaft geweſen, als daß dieſe Entwickelung hätte abgewartet werden können, und dort war, wie wir geſehen haben, die Rechtsbildung ſchon ihren eigenen ſelbſtändigen Weg gegangen.

Wir haben ſeither zwei Syſteme kennen gelernt, die ſich im ältern römiſchen Recht hinſichtlich der Errichtung von Servituten an Grundſtücken gegenüberſtehen; auf der einen Seite die ſolenne Mancipation und in iure cessio, erweitert durch die prätoriſche Quaſitradition, — auf der andern Seite der bloße Vertrag. Es frägt ſich, welches Syſtem im juſtinianeiſchen Rechte zur Herrſchaft gelangt iſt. Der Unterſchied zwiſchen italiſchem und Provinzialboden wurde bekanntlich durch Juſtinian auch formel aufgehoben, indem in dem ganzen römiſchen Reich den Innehabern des Grund und Bodens Eigenthum an demſelben verliehen und alſo der Provinzialboden zum fundus Italicus wurde r). Damit hätte nun auch conſequent das erſtere Syſtem überall Anwendung finden müſſen, und der Entſtehung durch bloßen Vertrag wäre der Boden entzogen geweſen. Das ſcheint aber dem Geiſte der damaligen Zeit wenig entſprochen zu haben, der ſeit Jahrhunderten das Bewußtſein verloren hatte, daß der res publica in Wahrheit das Eigenthum am Provinzialboden zuſtehe, und der daher jene Verfügung Juſtinians keine nachhaltige Wirkung beilegen mochte, und man ſcheint ſich daher die bequemere Form neben der mehr umſtändlichen gewahrt zu haben. Einen Grund dafür konnte man nicht nur darin finden, daß, wie wir oben ausführten, es dem Weſen der Servituten mehr entſpricht, durch bloßen Vertrag, als durch Quaſitradition zu entſtehen, ſondern auch in der rein praktiſchen Beobachtung, daß es Servituten gab, die gar nicht mehr unter Lebenden conſtruirt werden konnten, wenn nach Wegfall der in iure cessio und Mancipation nur Quaſitradition

r) L. un. C. de usucap. transformanda 7, 31.

der einzigste Weg dafür war. Wir erwähnten schon in § 19 S. 177, wie die römische Jurisprudenz, um bei Realservituten die Zufügung von Bedingungen zu vermeiden, den Satz aufstellte, daß auch Häusern, die noch nicht existirten, Servituten auferlegt oder erworben werden konnten, ein Satz, der als praktisch in das Corpus Juris überging *). Er war unmöglich, wenn Quasitradition zur Entstehung verlangt ward.

Ein directes Zeugniß für die Annahme des Provinzialrechts hinsichtlich der Servitutenerrichtung im spätern römischen Reiche vermögen wir nicht aufzuführen, und die Compilatoren haben hier mit ganz besonderm Ungeschick verfahren, und nur ängstlich bemüht, äußerlich Alles, was auf die alten Entstehungsweisen durch Mancipation und Cession hinwieß, zu verstecken und zu verwischen, haben sie zwischen den beiden Systemen, wie die seither citirten Stellen genügend beweisen, hin und her geschwankt. Aber zu Gunsten des Provinzialrechts haben sie doch die eclatantesten Aenderungen gemacht und z. B. in der seither öfter erwähnten l. 3 de usufr. statt des „Provincialium praediorum“ ein „omnium praediorum“ gesetzt, in den Anm. n genannten Stellen Entstehung durch einfachen Vertrag hineincorrigirt und endlich in den Institutionen nur die Stellen des Gaius verarbeitet, welche von Provinzialservituten sprechen, so daß auf ein bewußtes Annehmen der laxern Regeln der Letztern mit der größten Wahrscheinlichkeit geschlossen werden muß.

Als Resultat des justinianeischen Rechts können wir daher hinstellen, daß, das Vorhandensein aller Erfordernisse einer Servitut vorausgesetzt, durch jeden Vertrag zwischen einer zur Servitutbestellung ermächtigten und einer zur Servituterwerbung fähigen Person alsbald die Servitut selbst erzeugt wird, wenn sich erkennen läßt, daß darauf und nicht etwa erst auf das Versprechen, eine Servitut künftig zu bestellen, die Absicht der Paciscenten gerichtet gewesen ist. Die Quasitradition, welche mit dem Bestellungsakt verbunden sein kann, hat daneben ihre Bedeutung, in so fern sie der Anfang der Quasipossessio sein kann und daher einige Interdicte im Gefolge führt, und weiter, indem sie die Publicianische Klage begründet. Wie diese

*) L. 23 de S. P. U. 8, 2; l. 10 de S. P. R. 8, 3.

aber in ihrer nächsten Anwendung als Klage zum Schutz des Usucapionsbesitzes an körperlichen Sachen auch ohne vorherige Tradition angestellt werden darf, wenn von dem seitherigen Besitzer ein Akt vorgenommen ist, der regelmäßig ohne Tradition Eigenthum zu übertragen vermag, indem z. B. ein Legat von ihm bestellt und auf Grund dessen der Besitz ergriffen ist[t]), so wird auch hier, wo keine Quasitradition zur Entstehung der Servituten mehr nöthig ist, die Publiciana angestellt werden können, sobald auf Grund eines bona fide mit dem Besitzer der körperlichen Sache abgeschlossenen Errichtungsvertrages der Quasibesitz bereits seinen Anfang genommen hatte, wenn der ersten Ausübungshandlung auch die Requisite einer Tradition gefehlt haben sollten.

Das Alles aber gilt nur, wo es sich um Servituten an Grundstücken handelt. An beweglichen Sachen konnte, so weit wir wissen, auch in den Provinzen niemals der bloße Vertrag Servituten erzeugen, sondern es bedurfte dazu der alten formalen Errichtungsgeschäfte und später der Tradition, und es ist kein Grund vorhanden, von dieser Forderung plötzlich abzugehen, zumal so auf historischem Wege ein Resultat entstanden ist, welches auch vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus Billigung verdienen wird.

§ 65.

Fortsetzung. Die einzelnen Servitutenrichtung bezweckenden Geschäfte und Obligationen.

Vielfache Regeln unsers Corpus Juris beschäftigen sich mit den Stipulationen, durch die sich jemand zur Servitutbestellung verpflichtete, und die verhältnißmäßig häufig gewesen sein werden, so lange zur Errrichtung von Servituten solenne Rechtsgeschäfte nöthig waren, wie sie nicht jeder Zeit und in Abwesenheit der nöthigen Hülfspersonen vorgenommen werden konnten. Doch auch später behielten diese Vorverträge, wie Thöl in der Vorrede zur dritten Ausgabe des Handelsrechts derartige Geschäfte zu nennen vorschlägt, ihre Bedeutung, namentlich wenn es noch zur

t) L. 1 § 2, l. 2, l. 13 pr. de Publ. in rem act. 6, 2.

Zeit an den Vorausſetzungen der beabſichtigten Servitut fehlt, deren Eintritt aber erwartet wird. Wie aber jede Stipulation nichtig war, deren Erfüllung von Anfang an objectiv unmöglich war[a]), ſo war auch die eine auf Leiſtung einer Realſervitut gerichtete Stipulation ungültig, wenn der Stipulant kein geeignetes Grundſtück hatte, zu Gunſten deſſen die Servitut alsbald beſtellt werden konnte, oder ihm nur eine ideelle Quote an einem ſolchen zuſtand[b]). Conſequent hätte man nun dahin gelangen müſſen, daß auch, wenn alle einzelnen Miteigenthümer ſich von eben derſelben Perſon eine Servitut ſtipuliren laſſen, doch keine Verpflichtung zur Beſtellung entſtehen könne; allein, wie man einmal utilitatis causa zugelaſſen hatte, daß der Beſtellungsact getrennt den einzelnen socii gegenüber vorgenommen werden konnte, ſo ließ man auch zu, daß wenn jeder einzelne ſich die Servitut habe verſprechen laſſen, der Promittent hafte, und dazu wurde man um ſo mehr getrieben, als man auch zugeſtehen mußte, daß wenn mehrere Erben in die einmal gültig errichtete Stipulation und in das als herrſchend deſignirte Grundſtück ſuccedirten, die Verpflichtung des Promittenten fortdauern müſſe, und alſo auch hier die einzelnen Miteigenthümer dieſem ſelbſtändig gegenüberſtänden[c]). Auch die ſpäter eintretende Unmöglichkeit vernichtet die Stipulation. Deßhalb erloſch ſie, wenn der Stipulant vor der Erfüllung ſein Grundſtück ganz oder theilweiſe veräußerte[d]). Es verſteht ſich, daß durch Beifügung von Bedingungen dieſe Sätze beſeitigt werden konnten, indem z. B. jemand ſich eine Servitut ſtipuliren laſſen konnte für den Fall, daß er ein geeignetes Grundſtück erworben haben werde[e]), und bei unſern gutgläubigen auf Servitutbeſtellung gerichteten Geſchäften wird ſehr häufig die Beifügung einer derartigen Bedingung ſtillſchweigend beabſichtigt ſein und daher vom Richter ſupplirt werden müſſen.

---

a) Gaius III, § 97; l. 1 § 9 de O. et A. 44, 7; l. 83 § 5, l. 103 de V. O. 45, 1.

b) L. 19 de S. P. R. 8, 3; l. 140 § 2 de V. O. 45, 1.

c) L. 19 de S. P. R. 8, 3; l. 25 § 9 fam. herciac. 10, 2; l. 140 de V. O. 45, 1.

d) L. 11 de serv. 8, 1; l. 136 § 1 de V. O. 45, 1.

e) L. 98 de V. O. 45, 1.

Dieſe bieten ſonſt meiſtens keine Beſonderheiten und ſind nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen. Für den Kauf von Servituten wird namentlich wiederholt vorgeſchrieben, daß der Verkäufer, falls die Ausübung der von ihm beſtellten Servituten von einem beſſer Berechtigten geſtört würde, deßhalb Eviction leiſten müſſe[f]). Nur muß der Käufer auch in der Lage ſein, daß ihm eine gültige Servitut beſtellt werden kann, alſo namentlich, wo es ſich um Realſervituten handelt, ein geeignetes Grundſtück haben, auf welches die Servitut radicirt werden kann[g]). Wie Wege- und Waſſergerechtigkeiten pfandweiſe conſtituirt werden können, haben wir oben § 83 S. 321 ff. ausgeführt und die Rechtsverhältniſſe dargeſtellt, welche durch eine ſolche Verpfändung entſtehen. Daneben kann noch der Uſusfruct Seitens des Eigenthümers in gleicher Weiſe verpfändet werden, und wird dann das Verhältniß ſich analog geſtalten, wie in jenem Falle. Die Beweisſtellen beſprachen wir ſchon in § 27 S. 236 bei ihrer Benutzung für eine andere Frage.

Vielfach beſchäftigen ſich die Quellen mit den Retentionen von Servituten bei Veräußerungen der dienenden Sache[h]). Wird im Kaufcontrakte verabredet, daß dem Verkäufer eine Servitut verbleiben ſoll, ſo iſt dies nur ein Vorvertrag, da ja noch die dienende Sache in der Hand des künftigen Servitutinnehabers iſt, und es muß daher bei der Tradition das eigentliche Errichtungsgeſchäft wiederholt werden[i]), iſt dies nicht geſchehen und weigert ſich dann der Käufer daſſelbe nunmehr ſeiner Seits vorzunehmen, ſo kann er mit der Kaufklage dazu gezwungen werden; außerdem wird aber auch, da die Servitutbefugniß vom Tradenten nur in Folge eines Irrthums fortgegeben ſein wird, dieſelbe als ein indebitum condicirt werden können, und deßhalb wird für dieſen Fall die condictio incerti als ein regel-

---

f) L. 8 § 2 de periculo et comm. 18, 6; l. 10, l. 46 § 1 de eviction. 21, 2.

g) L. 6 § 5 de act. emt. vend. 19, 1.

h) Z. B. in l. 34 de S. P. U. 8, 2; l. 30 de S. P. R. 8, 3; l. 3 comm. praed. 8, 4; l. 36 de usufr. 7, 1; l. 126 § 1 de V. O. 45. 1.

i) Darauf gründet ſich die Entſcheidung in l. 19 quemadmod. serv. am. 8, 6; vgl. § 25 S. 208.

mäßiges Hülfsmittel des Verkäufers neben der Kaufklage genannt[k]). Die Retention einer Servitut braucht übrigens nicht immer ausdrücklich zu geschehen, sondern aus den Umständen kann schon genügend hervorgehen, daß dahin der Wille der Tradenten geht. So verhält es sich namentlich, wenn dauernde Vorrichtungen eines zurückbehaltenen Grundstücks in das verkaufte hineinragen, wo aus dem Schweigen der Pasciscenten hierüber gefolgert werden kann, daß dies Verhältniß fortbestehen soll[l]). Man redet hier von einer stillschweigenden Servitutterrichtung.

Der Ususfruct kann auch auf fremden Namen retinirt werden, indem, wenn der Tradent sagt, er übertrage die Sache nur abzüglich eines Ususfructs zu Gunsten des Titius, der Erwerber in Gemäßheit früher besprochener Grundsätze kein Interesse daran hat, daß nun auch der Titius selbst den Ususfruct übe, sondern sich jeden gefallen lassen muß, so lange nicht der Titius gestorben oder capite diminuirt ist. Darum kann er auch nichts dagegen einwenden, daß der Ususfruct bis dahin beim Verkäufer selbst zurückbleibt, oder auf einen Dritten übergeht[m]), und es bleibt nur die in den Quellen nicht entschiedene Frage, wie es sich verhält, wenn zu Lebzeiten des Titius der Verkäufer stirbt; geht der Ususfruct dann noch auf seine Erben über? Da wir früher eine sofortige eventuelle Bestellung eines Ususfructs zu Gunsten des Erben als möglich anerkannt haben (vgl. § 12 S. 119), so werden wir auch hier annehmen müssen, dem Willen der Paciscenten nach sollte dem Käufer der Ususfruct so lange entzogen sein, als Titius lebte, und dies war mit Sicherheit nur zu erreichen, wenn nicht nur für den Verkäufer selbst ein Ususfruct

k) L. 35 de S. P. U. 8, 2; l. 22 § 1 de cond. indeb. 12, 6; l. 8 pr. de act. emt. vend. 19, 1; l. 75 § 3 de V. O. 45, 1.

l) L. 36 und 37 de S. P. U. 8, 2.

m) L. 7 de act. emt. vend. 19, 1. Verspricht man daher eine Sache nach Abzug des Ususfructs, ohne für diesen einen Träger zu nennen, so ist es möglich, daß man sich selbst als den künftigen Usufructuar denkt, oder eine bestimmte andere Person, oder auch, daß man noch gar nicht eine bestimmte Person im Sinne hat, sondern sich nur vorbehält, irgend einen Ususfruct zu constituiren. Die Umstände müssen entscheiden, wofür in jedem Falle zu vermuthen ist, vgl. l. 36 § 1 de usufr. 7, 1.

retinirt wurde, ſondern auch für ſeine Erben u. ſ. w. Dieſe Regeln finden aber keine Anwendung, wenn jemand einen Uſus oder eine Realſervitut für einen Dritten bei der Tradition reſerviren will, der gar kein ſolches Recht hat. Denn da bei ſolchen Servituten der Eigenthümer der dienenden Sache fordern kann, daß ſie nur für den geübt werden, um deſſen willen ſie beſtellt ſind, ſo braucht er ſich die Ausübung durch den Verkäufer oder einen Andern nicht gefallen zu laſſen, und auf den als Servitutinnehaber Genannten kann der Verkäufer nach der Tradition kein ſolches Recht mehr übertragen, da dieſe Uebertragung, ſeitdem er aufgehört hat, Eigenthümer zu ſein, den Charakter einer unerlaubten Veräußerung annehmen würde. Höchſtens kann aus Gründen der bona fides die bei der Tradition gegebene Erklärung, daß der Acker dem Titius eine Servitut ſchulde, da, wo dies doch nicht der Fall iſt, zur Folge haben, daß wenn der Veräußerer die Beſtellung einer ſolchen Servitut dem Titius ſchuldet, er mit der Kaufklage fordern kann, daß der Erwerber die Auflegung dieſer Servitut auf das verkaufte Grundſtück geſtatte[n]).

Wie ein Uſusfruct einem Ehemanne zur dos beſtellt werden konnte, und wie dann in den verſchiedenen Zeiten die Reſtitution deſſelben nach Auflöſung der Ehe geſchah, falls ein Anderer, als der Eigenthümer der belaſteten Sache, die Herausgabe der dos fordern konnte, haben wir ſchon in einem früheren Abſchnitte [§ 27 S. 244 ff.] dargeſtellt. Bemerkt muß nur auch hier wieder werden, daß ebenſo, wie wenn der Uſufructuar ſeinen Uſusfruct als dos hingiebt [vgl. § 28 S. 255], ſo auch dann, wenn der Eigenthümer ſolchen beſtellt, fraglich ſein kann, ob die Conſtituenten wollten, daß der Ertrag dem Manne zur Beſtreitung der Laſten der Ehe als dauerndes Eigenthum zufallen, oder ob dieſer Ertrag noch ein Theil der dos ſein ſoll, ſo daß er künftig reſtituirt werden muß und dem Ehemann nur die Zinſen dieſes Ertrags verbleiben. Vermuthet ſoll werden, daß der Ertrag ſelbſt in der Ehe verwandt werden ſoll[o]). Eigenthümlich iſt einem ſolchen Uſusfruct noch, daß die Früchte des Jahres, in welchem er erlöſcht, zwiſchen dem Ehemann, alſo dem

n) L. 6 § 3 comm. praed. 8, 4.

o) L. 7 § 2 de iure dot. 23, 3; l. 4 de pact. dotal. 23, 4.

Uſufructuar, und dem, an welchen er die dos zu reſtituiren hat, nach Verhältniß der Zeit, für welche jeder den Anſpruch auf ausſchließliche Nutznießung hat, ebenſo getheilt werden, wie wenn eine körperliche Sache Gegenſtand der dos war, deren Ertrag auch alſo getheilt wird[p]). Doch verſteht ſich, daß der Uſufructuar, ſo lange er noch nicht zu reſtituiren braucht, alle Früchte durch Perception zunächſt zu den Seinigen macht, und nur durch die Dotalklage zur Herausgabe der zu viel bezogenen Früchte angehalten werden kann. Er wird aber kein anderes Mittel haben, um den ihm gebührenden Antheil zu erhalten, als daß er die uſufructuariſche Sache nicht eher herausgiebt, als bis er eine genügende Quantität von Früchten percipirt hat, um ſich durch Retention derſelben ſchadlos halten zu können; es ſei denn, daß der Empfänger der dos bereit iſt, ihm Caution wegen künftiger Rückerſtattung ſeines Fruchtantheils zu leiſten.

In einigen Fällen entſteht die Verpflichtung, eine Servitut zu beſtellen, unmittelbar durch geſetzliche Vorſchrift. Wir haben ſchon oben § 14 S. 126 Beiſpiele dafür aufgeführt, daß mitunter die früheren Innehaber von Servituten, falls dieſe durch Erwerb des dienenden Grundſtücks untergegangen ſind, und dieſer Erwerb entweder unfreiwillig geſchehen iſt, oder aus irgend einem Grunde rückwärts aufgelöſt wird, Wiederherſtellung ihrer Servitut, wie ſie vor der Confuſion war, fordern können. Dazu kommt noch die ſinguläre Vorſchrift Antonins, welche uns in l. 12 de relig. 11, 7, überliefert wird, wonach der Innehaber eines Grabes, zu dem ihm kein Weg fehlt, die Beſtellung eines ſolchen gegen Zahlung eines entſprechenden Preiſes von den betreffenden Grundeigenthümern fordern kann; der Richter ſoll ihm extra ordinem zu Hülfe kommen.

Eine in den Quellen vielfach behandelte Eigenthümlichkeit aller auf die Errichtung von Realſervituten oder eines Uſus gerichteten Obligationen, wie immer ſie auch entſtanden ſein mögen, iſt ihre Untheilbarkeit, welche aus der Unmöglichkeit, ſolche Servituten zu ideellen Theilen zu beſtellen, mit Nothwendigkeit hervorgeht[q]).

p) L. 78 § 2 de iure dot. 23, 3.

q) L. 17 de serv. 8, 1; l. 25 § 9 fam. herc. 10, 2; l. 2 § 1 und 2, l. 72 de V. O. 45, 1.

Daraus ergeben ſich die Sätze, daß wenn jemand eine Verpflichtung eingeht, wonach er nur einen Theil einer Servitut zu leiſten hat, dieſe ungültig iſt, daß ferner, wenn in die einmal gültig conſtituirte Obligation an die Stelle des einen Schuldners mehrere treten, jeder derſelben auf das Ganze belangt werden kann, aber auch alle frei werden, wenn einer den geſchuldeten Gegenſtand leiſtet[r]), und daß endlich, wenn dieſelbe Realſervitut Mehreren geſchuldet wird, jeder von ihnen die Leiſtung derſelben ganz einklagen kann[s]).

Die Obligation auf Beſtellung von Perſonalſervituten erloſch der Regel nach mit dem Tode und mit der capitis diminutio des Gläubigers, ſoweit dieſe auch eine beſtehende Servitut aufheben konnte, indem die Obligation nur dahin ging, ein Recht zu conſtituiren, das bis zu dieſem Zeitpunkte dauern ſollte, und dies nunmehr unmöglich geworden iſt. Iſt die Forderung auf einen Uſusfruct einem Andern abgetreten, ſo hat dieſer nur Anſpruch darauf, daß ihm ein Uſusfruct auf den Namen des urſprünglichen Gläubigers beſtellt werde, und deßhalb erlöſcht die Obligation und ebenſo der auf Grund derſelben etwa ſchon beſtellte Uſusfruct nur mit dem Tode oder der capitis diminutio des Letztern und geht bis dahin auch auf die Erben des jetzigen Gläubigers über[t]), d. h. es werden von vorne herein eventuelle Uſusfructe zu Gunſten der Erben mit beigefügten Endterminen (Tod oder Deminution des urſprünglichen Gläubigers) beſtellt [vgl. § 12 S. 119]. Analog wird man daher auch annehmen dürfen, daß von vorne herein ein Uſusfruct auf fremden Namen in dieſer Weiſe Inhalt der Obligation ſein kann, und dieſe dann nicht mit dem Tode oder der capitis diminutio des Gläubigers, ſondern des betreffenden Dritten erlöſcht. Obligationen auf den Uſus werden dagegen ebenſo unveräußerlich ſein, als der Uſus ſelbſt, da ſonſt in Folge der Veräußerung die Leiſtung eine ganz andere werden würde. Ob die Obligation auf Uſusfructerrichtung auch, wie der Uſusfruct,

---

r) L. 17 de serv. 8, 1; l 25 § 10 fam. herc. 10, 2; l. 11 § 24 de leg. III. 32; l. 192 de R. J. 50, 17.

s) L. 17 de serv. 8, 1; l. 25 § 9 fam. herciec. 10, 2; l. 2 de serv. leg. 33, 3.

t) L. 4 de novat. 46, 2.

wegen Nichtbenutzung nach Ablauf von ein oder zwei Jahren erlöschen müsse, darüber sollen nach Justinians Bericht in l. 16 C. de usufr. 3, 33 die römischen Juristen gestritten haben. Nach jener Constitution unterliegt diese Obligation nur der allgemeinen Verjährung.

§. 66.

Entstehung durch letztwillige Verfügung.

Letztwillige Verfügungen [Testament, Codicill, Oralfideicommiß, donatio mortis causa[a])] können entweder den Honorirten die Verpflichtung auferlegen, Servituten an Erbschaftssachen, oder an ihren eigenen Sachen, oder an denen Dritter zu Gunsten anderer Honorirter zu schaffen, und stellen dann auf Servitutbestellung gerichtete Obligationen her, welche denselben Regeln, wie die durch Vertrag entstandenen unterliegen, oder sie können den Onerirten, welche körperliche Sachen fortgeben sollen, die Erlaubniß ertheilen, dabei Servituten an diesen Sachen für sich zu retiniren[c]), oder sie können unmittelbar Servituten constituiren, jedoch nur an einer Erbschaftssache und dann so, daß diese entweder beim Erben bleibt, und der Legatar eine Servitut daran hat, oder daß der Legatar das Eigenthum erhält und beim Erben die Servitut bleibt, oder daß ein Legatar das Eigenthum, ein anderer die Servitut erhält[d]). Während in den ersten beiden Fällen im ältern Rechte die Formen des legatum per damnationem[e]) eingehalten, oder durch Fideicommiß die An-

a) L. 1 § 2 usufr. quemadm. cav. 7, 9.

c) Dabei entsteht die Frage, wer bei dieser Verfügung als der künftige Servitutberechtigte gedacht ist, nur der Onerirte selbst, oder auch seine Erben, oder auch Dritte? Vgl. l. 26 de usu leg. 33, 2.

d) § 1 J. de usufr. II, 4; l. 6 pr. de usufr. 7, 1. Eine Untersuchung darüber, was der Testator beabsichtigte, findet sich z. B. in l. 4 si usufr. pet. 7, 6.

e) Mit der Auflage, eine Servitut zu errichten, ist nicht die zu verwechseln: heres damnas esto, sinere Titium uti frui fundo (l. 2 de ann. leg. 33, 1), welche so wenig einen Ususfruct erzeugte, wie die Stipulation: per me heredesque meos non fieri, quominus Titius utatur fruatur. Darum wird auch in l 31 de S. P. U. 8, 2 gesagt: damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, servitutemque praestaret.

ordnung geſchehen ſein mußte, war zur unmittelbaren Errichtung der Servitut, von der donatio mortis causa abgeſehen, ein legatum per vindicationem erforderlich [f]), und auch für alle im Civilrecht anerkannten Arten von Servituten möglich, da ſich kein genügender Grund angeben läßt, um daſſelbe für negative Servituten, wie Manche thun, unanwendbar zu machen [g]). Im juſtinianeiſchen Rechte, wo die alte Legatentheorie gefallen iſt, wenn gleich ſich ihre Spuren, trotz des ſichtlichen Bemühens der Compilatoren, ſie zu verwiſchen, noch durch das ganze Corpus Juris hindurch ziehen [h]), wird jedesmal zu unterſuchen ſein, worauf der Wille des Teſtators gerichtet iſt, ob die Servitut alsbald entſtehen, oder ob ſie erſt durch den Onerirten beſtellt werden ſoll, nur daß hinſichtlich der Erbſchaftsſachen die Vermuthung für ſofortige Entſtehung ſein wird. Dadurch kann es z. B. geſchehen, daß die Hauptſervitut ſchon durch das Teſtament geſchaffen iſt, während auf deren adminicula [vgl. § 25 S. 218], welche an den Sachen Dritter erworben werden müſſen, nur ein Forderungsrecht gegen den Erben entſtanden iſt. Daß in der letztwilligen Dispoſition der techniſche Name für die einzelne Servitut gebraucht iſt, iſt nicht erforderlich, wenn ſich nur mit Beſtimmtheit erkennen läßt, daß ſie beabſichtigt wurde [i]), und dagegen giebt es Fälle, wo trotzdem, daß der Teſtator ſagte, er wolle einen Uſusfruct zuwenden, man doch nur annehmen kann, er habe ein Eigenthumslegat [k]), oder ein Legat jährlicher Renten beabſichtigt [l]).

Auch ohne daß der Teſtator ausdrücklich erklärt, er wolle eine Servitut hergeſtellt haben, kann doch aus den Umſtänden hervorgehen, daß ſein Wille darauf gerichtet geweſen iſt. Eine ſolche ſtill-

---

f) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 17.

g) Wie Servituten an Provincialgrundſtücken nicht Gegenſtand eines ſolchen Legats ſein konnten, erwähnten wir ſchon § 63 Anm. e S. 701. Aber auch der bonitariſche Eigenthümer wird ſich dieſer Form nicht haben bedienen können.

h) Vgl. z. B. § 25 S. 207 Anm. b.

i) Vergl. z. B. l. 6, l. 24 § 1, l. 41 de usufr. leg. 33, 2. Die Titel de annuis legatis 33, 1 und de alim. leg. 34, 1 bieten mancherlei derartige Unterſuchungen.

k) L. 15 de auro leg. 34, 2.

l) L. 32 § 4 de usufr. leg 33, 2.

ſchweigende Conſtituirung einer Servitut, beziehungsweiſe eine ſolche ſtillſchweigende Auflegung der Verpflichtung, eine Servitut zu conſtituiren, iſt namentlich anzunehmen, wenn eine Sache legirt iſt, welche ohne Servitut an einer andern Sache gar nicht benutzt werden kann, indem ſie z. B. keinen Zugang hat[m]), oder welche wenigſtens nicht ſo benutzt werden kann, wie ſie ihrer ganzen Beſchaffenheit nach regelmäßig nur benutzt wird, indem z. B. ohne ſolche Servitut ein Wohnhaus der Gefahr gänzlicher Verdunkelung ausgeſetzt iſt [wenn bloß Gefahr vorhanden iſt, daß ihm die Ausſicht entzogen wird, ſo genügt das nicht, um eine Servitutbeſtellung zu vermuthen[n])]. Ferner iſt eine ſtillſchweigende Conſtituirung anzunehmen, wenn dauernde Vorrichtungen des legirten Grundſtücks in ein anderes Grundſtück des Erblaſſers hineinragen und deßhalb, falls nicht eine Servitut errichtet wäre, von dem Legatar oder Erben, dem daſſelbe zufällt, nicht geduldet zu werden brauchten[o]). Daß der Wille des Teſtators auf Servitutbeſtellung gerichtet war, iſt auch immer da anzunehmen, wo ein ſeitheriger Servitutberechtigter die belaſtete Sache durch den Willen des Teſtators erhält, aber durch denſelben auch zur Wiederherausgabe an einen Andern verpflichtet wird. Er darf dann bei dieſer Herausgabe die früher beſtandene Servitut retiniren[p]). Nur hinſichtlich des Uſusfructs gelten andere Grundſätze, indem die Befugniß zur Nutznießung als ein ſo wichtiges Attribut des Eigenthums galt, daß man annahm, daß, wo dieſes gegeben und jenes Attribut ihm nicht ausdrücklich, etwa durch den Zuſatz „deducto usufructu“, entzogen ſei, der Wille des Teſtators dem Legatar auch die ſofortige Befugniß zur Nutznießung habe verleihen wollen, und darum kann der Erbe, der ſeither ſchon Uſufructuar war, ſich dem nicht entziehen, daß er auch das ius utendi fruendi mit der Sache oder, falls dieſe ſchon alsbald durch das Teſtament dem Legatar zugefallen iſt, auch allein ohne die Sache

m) L. 10 de S. P. U. 8, 2; l. 81 § 3 de leg. I. 30; l. 15 § 1 de usufr. leg. 33, 2.

n) L. 10 de S. P. U. 8, 2.

o) L. 20 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 1 de serv. leg. 33, 3.

p) L. 20 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 84 § 4, l. 116 de leg. I. 30.

demſelben übertragen muß[q]). Ja wenn gar nicht der Erbe, ſondern ein Dritter Uſufructuar iſt, und die belaſtete Sache doch ohne Beſchränkung einem Andern legirt wird, ſo wird angenommen, daß neben der nuda proprietas auch das ius utendi fruendi, alſo in ſo weit eine fremde Sache, den Inhalt des Legats bildet, und der Erbe iſt daher zur Einlöſung des Uſusfructs, beziehungsweiſe zur Leiſtung des Werths deſſelben verpflichtet[r]).

Dieſe Interpretationsregel hat für den Fall, wo dem Einen der Uſusfruct einer Sache, dem Andern dieſe Sache ſelbſt ohne welche Beſchränkung legirt iſt, zu der allerdings conſequenten, aber doch oft, wie Modeſtin auch andeutet[s]), mit dem wahrſcheinlichen Willen des Teſtators wenig übereinſtimmenden Auffaſſung geführt, daß hier hinſichtlich der Nutzungsbefugniß zwei Legatare concurriren, und daß ſich dieſe daher allgemeinen Regeln gemäß in das legirte Object zu theilen haben. Trotzdem alſo, daß dem einen Legatar der ganze Uſusfruct hinterlaſſen iſt, erhält er nur einen Theil desſelben[t]); den wie vielſten, das iſt jedesmal nach den allgemeinen Regeln des Legatenrechts zu ermitteln. Dabei gelten diejenigen, welchen etwa zuſammen das unbeſchränkte Eigenthum legirt iſt, als re coniuncti und ebenſo die, welche als Uſufructuare genannt ſind, und demgemäß erhalten ſie jedesmal nur zuſammen einen Theil, ſo daß, wenn eine Sache Zweien zum unbeſchränkten Eigenthum, Einem zum Uſusfruct legirt iſt, jene zuſammen die eine Hälfte des Uſusfructs, dieſer die andere deſſelben erhält, wie ebenſo umgekehrt, wenn neben Einem Eigenthümer zwei Uſufructuare genannt ſind, vom Letztern jeder nur ein Viertel erhält[u]).

---

q) L. 76 § 2 de leg. II. 31; vgl. § 4 S. 34.

r) L. 66 § 6 de leg. II. 31.

s) L. 19 de usu leg. 33, 2. Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego, vel: Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

t) L. 6 de usufr. earum rerum 7, 5.

u) Vat. fragm. § 83; l. 9 de usufr. accresc. 7, 2; l. 26 § 1 de

Wir ſind damit alſo zu Fällen gekommen, wo aus gewiſſen Verfügungen ein theilweiſer Widerruf anderer, welche Servituten anordneten, deducirt wird. Dieſer kann natürlich auch ausdrücklich in derſelben oder in einer ſpätern gültigen letztwilligen Dispoſition des Teſtators geſchehen, wenn er nur dieſelbe Servitut trifft, welche legirt iſt[v]). Außerdem kann aber auch aus ſonſtigen Umſtänden darauf geſchloſſen werden, daß der Teſtator die angeordnete Servitut hat widerrufen wollen, und in dieſer Beziehung werden uns namentlich für das Legat eines Uſusfructs ſehr ſtrenge Vorſchriften überliefert, wonach jede weſentliche Veränderung der Sache, mag ſie vom Teſtator oder von einem Dritten vorgenommen, oder durch Naturereigniſſe herbeigeführt ſein, das Legat aufheben ſoll. Wir müſſen auf die einzelnen Entſcheidungen unten (§ 70) zurückkommen, wenn wir von dem Untergang des beſtehenden Uſusfructs in Folge einer ſolchen weſentlichen Umgeſtaltung der belaſteten Sache reden und können daher einſtweilen darauf verweiſen.

Den Abzug der Falcidiſchen Quart erleiden die letztwilligen Verfügungen, welche Servituten zum Gegenſtand haben, ebenſo wie die, welche körperliche Sachen betreffen. Ein Legat theilbarer Servituten mindert ſich in Folge deſſen ipso iure um die abzuziehende Quote[w]), wogegen beim Legat untheilbarer Servituten der belaſtete Erbe ein Retentionsrecht erhält, bis ihm für die Quote, um welche er beſchwert iſt, die entſprechende Quote des Geldwerths der ganzen Servitut bezahlt iſt[x]). Um alſo nicht das ganze Legat zu vereiteln, wird, ſo weit die lex Falcidia in Frage kommt, der Geldwerth als der eigentliche Inhalt des Legats einer Servitut angenommen, und

---

manfr. leg. 33, 2. Es verſteht ſich, daß wenn der Teſtator den Eigenthümer ausdrücklich neben einzelnen Anderen zum Uſusfruct beruft, er dann nur in gleichem Verhältniſſe mit dieſen daran partieipirt, weil er ſo auch ein re et verbis coniunctus iſt, vgl. l. 4, l. 7 de manfr. accresc. 7, 2.

v) Arg. leg. 14 § 1 und § 2 de usu 7, 8; vgl. § 20 S. 188.

w) L. 81 pr. ad leg. Falcid. 35, 2. Nach Vat. fragm. § 68 wollten die ältern Juriſten den ganzen Uſusfruct geſchätzt haben, und dem Legatar die Zahlung der Quote des Werths auflegen. Ariſto verfolgt zuerſt die nachher recipirte Meinung.

x) L. 5 § 1 de exc. doli 44, 4; l. 7, l. 80 § 1 ad leg. Falc.

dem Erben nur ein Anſpruch auf Geld gewährt. Aber dieſer Geſichtspunkt vermochte das Servitutenlegat nicht aufrecht zu erhalten, wenn das Grundſtück, welches künftig das herrſchende ſein ſollte, zugleich vermacht wurde, und dieſes Vermächtniß um der falcidiſchen Quart willen ebenfalls einen Abzug erlitt; dann fehlte ja dem Honorirten die zum Servituterwerb nöthige Vorausſetzung, da er vermöge des Abzugs nur Miteigenthümer des Grundſtücks ward, welches das herrſchende ſein ſollte. Deßhalb ſagt Paulus in l. 49 § 1 ad leg. Falcid. 35, 2 mit Rückſicht auf dieſen Fall: Interdum evenit, ut propter rationem legis Falcidiae sequens legatum exstinguatur. Aber dies mochte doch manchem römiſchen Juriſten zu hart erſcheinen, und ſie ſannen daher auf Mittel, dies zu beſeitigen. Scävola ergreift in l. 23 daſelbſt den Ausweg, daß er das Legat des Grundſtücks und der Servitut als ein Ganzes auffaßt und daher auch das Legat des Grundſtücks nicht ipso iure um einen ideellen Theil kürzt, ſondern dem Erben nur einen Anſpruch auf eine entſprechende Quote des Geſammtwerths zubilligt, der aber wunderbarer Weiſe dadurch befriedigt werden ſoll, daß das Legat der Servitut erlöſcht, falls der Werth derſelben dem Betrage entſpricht, den er zu beanſpruchen hat. Genügt er demſelben nicht, ſo wird — Scävola geht auf dieſen Fall nicht ein, — das Grundſtück wohl noch außerdem um eine dem Ausfall entſprechende Quote gekürzt; überſteigt aber der Werth der Servitut die Summe, auf welche der Erbe Anſpruch hat, ſo ſoll nach jener Entſcheidung das Servitutenlegat nicht untergehen und der Erbe wird ſeinen Anſpruch auf dem Wege der Retention befriedigt erhalten. Es iſt nicht zu leugnen, daß Scävolas Entſcheidung manche Willkürlichkeiten und Inconſequenzen enthält, und es iſt daher auch nicht zu verwundern, daß ſie bei der römiſchen Jurisprudenz keinen feſten Boden gewinnen konnte, wie daraus hervorgeht, daß der ſpäter lebende Paulus in jener l. 49 § 1 ſo andere Grundſätze ausſprach. An dieſe werden wir denn auch, trotzdem, daß die Compilatoren Scävolas Ausführung in denſelben Titel aufgenommen haben, ihrer innern Conſequenz wegen noch für das juſtinianeiſche Recht feſt halten müſſen.

Zur Realiſirung des Anſpruchs auf die falcidiſche Quart hat der Erbe die gewöhnlichen Mittel, und um einer vorzeitigen Be-

mächtigung der Servitut Seitens des Legatars vorzubeugen, war dem Interdict Quod legatorum die erforderliche Erweiterung gegeben[y]). Das Recht aber erwarb der Legatar, falls die Servitut unmittelbar im Teſtament errichtet war, alsbald mit der Erbſchaftsantretung, auch wenn er gar nichts von dem Legat erfuhr, und es begann daher von da an nicht nur die Verjährungszeit zu laufen, ſondern wenn er das nunmehr herrſchende Grundſtück veräußerte, verlor er auch die Befugniß, auf das Legat zu verzichten, da die legirte Sache bereits auf den Käufer übergegangen war[z]).

Die Gültigkeit des Servitutenlegats wird, wie die aller Legate, darnach beurtheilt, in wie weit die Vorausſetzungen derſelben im Augenblick des Anfalls [quando dies legati cedit] vorhanden ſind; während dieſer aber beim Legat von Realſervituten nach denſelben Grundſätzen anzunehmen iſt, wie beim Legat körperlicher Sachen, und alſo für unbedingte Legate mit dem Tode des Erblaſſers, für bedingte mit dem Eintritt der Bedingung zuſammen fällt[aa]), hat die römiſche Jurisprudenz für Legate von Perſonalſervituten um deren Natur willen andere Grundſätze aufſtellen zu müſſen geglaubt. Daß alle ſolche Legate, ſobald ihnen irgend ein Anfangstermin beigefügt iſt, der nach der Zeit der Erbſchaftsantretung verfällt, in ſo fern als bedingte Legate gelten, als erſt nach dem Augenblick, wo dieſer Termin eintritt [quando dies legati venit], die Gültigkeit des Legats beurtheilt wird, oder mit andern Worten, daß auch hier der dies cedens und der dies veniens zuſammenfallen[bb]), iſt eine nothwendige Folge des Umſtands, daß es ſtets ungewiß iſt, ob der Legatar dieſen Termin noch erlebt, und daher die Wirkſamkeit des Legats, welches an ſeine individuelle Perſon geknüpft iſt und mit dieſer untergeht, von einem künftigen ungewiſſen Ereigniß abhängig gemacht iſt. Es werden daher mit Recht alle betagte Legate von Perſonal-

y) Vat. fragm. § 90; l. 1 § 8 quod legatorum 43, 3.

z) L. 19 § 1 quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

aa) Iſt ſolches Legat von der Bedingung, etwas nicht zu thun, abhängig gemacht, ſo wird jedoch auch hier die Bedingung durch die cautio Muciana beſeitigt. Vgl. l. 79 de cond. 35, 1.

bb) Vat. fragm. § 60; l. 1 § 3 quando dies usufr. 7, 3.

ſervituten den bedingten beigezählt und z. B. entſchieden, daß wenn der Honorirte die Sache, an welcher ihm ein Uſusfruct unter Beifügung eines Anfangstermins legirt iſt, nach der Erbſchaftsantretung in vollem Eigenthum hat, er dadurch den Anſpruch auf das Legat noch nicht verliert, ſobald er ſie nur vor dem Eintritt dieſes Termins wieder veräußert hat [cc]). Dieſer Regel ward aber dadurch eine um ſo weitere Anwendung zu Theil, als man das Legat von Perſonalſervituten, die nur in wiederkehrenden Perioden, z. B. ein ums andere Jahr, geübt werden ſollen, als das Legat einer Reihe einzelner ſucceſſiver Perſonalſervituten auffaßte, von denen jede einen beſtimmten Anfangs- und einen beſtimmten Endtermin hatte, und darum beim Beginn einer jeden Periode von Neuem ohne Rückſicht auf die früheren Perioden unterſucht wurde, ob grade jetzt die Erforderniſſe für die Gültigkeit des Legats vorhanden waren [dd]). Eine ſolche Reihe einzelner ſucceſſiver Servituten wurde aber auch ſchon angenommen, ſobald der Teſtator ſeiner Verfügung einen Zuſatz beigefügt hatte, wie „in annos singulos“, „quotannis“, „in singulos menses“, „quotidie“ u. ſ. w. [ee]), und ſolcher Zuſatz empfahl ſich um ſo mehr, als, wie wir ſpäter ausführen werden, die capitis deminutio, welche einen bereits beſtehenden Uſusfruct und Uſus aufhob, doch das Legat derſelben, ſo lange der dies cedens nicht eingetreten war, nicht zu alteriren vermochte, und alſo trotz der Deminution beim Beginn der neuen Periode die alſo vermachte Servitut wieder auflebte [ff]). Bei betagten Legaten von Perſonalſervituten zu Gunſten von Sklaven oder Hausſöhnen, ward auch die Frage, wem die Servitut als dem Herrn oder Vater des Honorirten zufalle, nach dem Zeitpunkt entſchieden, in welchem der Anfangstermin eintrat [gg]); nach Vat. fragm. § 57 ſoll jedoch mit der Veräußerung des Sklaven auch der zu Gunſten deſſelben legirte Uſusfruct untergehen [hh]).

---

cc) L. 34 pr. de usufr. 7, 1.

dd) L. 34 de usufr. 7, 1; l. 1 pr. quando dies usufr. 7, 3.

ee) L. 1 pr. und § 1 quando dies usufr. 7, 3; l. 1 § 3 quibus mod. usufr. 7, 4; l. 10, l. 12 quando dies legator. 36, 2; Vat. fragm. § 59.

ff) L. 1 § 1—3, l. 3 quibus modis usufr. 7, 4.

gg) L. 5 § 7 quando dies legat. 36, 2.

hh) Ueber die eigenthümlichen Regeln rückſichtlich eines Uſusfructs, welcher

So ſehr alſo die ſeither beſprochenen Regeln hinſichtlich des dies cedens bei Legaten von Perſonalſervituten mit der allgemeinen Legatentheorie in Einklang ſtehen, ſo verbirgt ſich dies dagegen mehr hinſichtlich einer andern Regel, der man leicht geneigt iſt, den Vorwurf einer ungerechtfertigten Härte zu machen. Bei unbedingten und unbetagten Legaten von Perſonalſervituten ſoll nämlich nicht, wie bei einem derartigen Legat körperlicher Sachen, der Augenblick des Todes des Teſtators den dies cedens bilden, ſondern erſt der Augenblick der Erbſchaftsantretung[ii]), ſo daß der Erbe, wenn er dieſen verzögert, dadurch nicht nur, wie er das hinſichtlich aller Legate vermag, die Geltendmachung des legirten Rechts für einige Zeit vereitelt, ſondern auch bewirkt, daß die Früchte einſtweilen für die Erbſchaft, d. h. alſo, wenn er ſpäter antreten will, für ihn ſelbſt gezogen werden, und zwar ohne daß er deßhalb in jedem Falle ſchon zur ſpätern Herausgabe derſelben gezwungen werden kann. Nur wenn der Beweis erbracht werden kann, daß die Verzögerung nur geſchehen iſt, um die Wirkſamkeit des Legats zu ſchmälern, muß Erſatz der Früchte geleiſtet werden[kk]). Allerdings hat der Legatar die Befugniß, auf richterliche Feſtſetzung einer Deliberationsfriſt zu dringen; allein es vergeht dann doch immer einige Zeit, wo er die Nutzung noch nicht hat, und wird die Erbſchaft ſucceſſiv Mehreren deferirt, und jeder derſelben deliberirt längere

einem Erbſchaftsſklaven vermacht iſt, ſiehe fragm. Vat. § 55; l. 1 § 2 quando dies ususfructus 7, 3; l. 16 § 1 und § 2 quando dies leg. 36, 2. Die eingehende Beſprechung dieſer mannigfache Schwierigkeiten bietenden Stellen würden uns hier zu weit führen, und wir können wegen derſelben auf die manchen Abhandlungen der neueren Zeit über die hereditas iacens verweiſen.

ii) L. 1 § 3 quando dies usufr. 7, 3; l. 2 quando dies leg. 36, 2 Eine Anwendung des Satzes für alternative Legate in l. 14 pr. und § 1 quando dies leg. 35, 2.

kk) L. 35 pr. de usufr. In l. 36 § 2 de usufr. 7, 1 wird freilich allgemeiner geſagt, der Legatar oder ſein Erbe können Erſatz für die entzogenen Früchte verlangen, „quum per heredem staret, quominus ususfructus praestaretur“. Allein da gleich darauf eine mora des Erben vorausgeſetzt wird, ſo kann der Juriſt den obigen Fall nicht im Auge gehabt haben, da der zur Erbſchaft Berufene durchaus nicht verpflichtet iſt, ſich über den Erbſchaftsantritt zu erklären, und alſo auch keine mora begeht, wenn er das verzögert.

Zeit, ſo können Jahre vergehen, in denen der Legatar vergeblich Alles verſucht, um zu ſeinem Uſusfruct zu gelangen. Die eigentlichen Gründe dieſes ſo harten Satzes geben unſere Quellen nicht an; ſie ſagen nur, der Legatar deferire ja den Uſusfruct nicht auf ſeine Erben, und es ſei alſo nicht nöthig, daß der dies cedens vor dem dies veniens eintrete[ll]). Aber es entſteht die Frage, warum wird hier nicht, wenn die Erbſchaft angetreten iſt; das Legat auf den Moment des Todes, wie alle andern Legate, zurückbezogen, warum erwirbt der Legatar nicht ſchon alsbald und überall einen Anſpruch auf die ſeitdem eingeernteten Früchte und transmittirt den auf ſeine Erben, wie er es thut, wenn der Onerirte dolöſer Weiſe die Herausgabe der uſufructuariſchen Sache noch nach der Erbſchaftsantretung verzögert[mm]). Die manchen ſeitherigen Verſuche, dieſe Regel zu erklären, ſcheinen mir nicht genügend; ich glaube aber, daß ſie ſich dennoch von einem Geſichtspunkt aus rechtfertigen läßt, der uns ſchon mehrmals beim Uſusfruct und den übrigen Perſonalſervituten entgegengetreten iſt, wenn gleich die Quellen nirgends ausdrücklich auf ihn aufmerkſam machen. Es iſt nämlich jedes Legat einer ſolchen Servitut an die ſtillſchweigende Bedingung geknüpft, daß der Legatar vorher die uſufructuariſche oder uſuariſche Caution leiſte [vgl. § 50 S. 561]; dieſe Bedingung iſt allerdings der Regel nach eine reine Poteſtativbedingung, deren Erfüllung vom Willen des Legatars abhängt, und vermag daher den dies cedens, allgemeinen Grundſätzen gemäß, nicht hinauszuſchieben; anders aber verhält es ſich, wenn der Legatar ſie noch nicht erfüllen kann, weil kein Erbe vorhanden iſt, welcher zur Annahme der Caution ermächtigt iſt, und ſie muß dann alſo wie eine caſuelle Bedingung wirken, ſo daß ſchon deßhalb der dies cedens immer nach dem Erbſchaftsantritt fallen muß. Dahin führt auch ſchon die rein praktiſche Erwägung, daß es zu ſehr complicirten Verhältniſſen führen könnte, wenn der Legatar für die Zeit bis zur Erbſchaftsantretung die Früchte würde beanſpruchen können,

ll) L. 3 quando dies leg. 36, 2. Ulpianus. — nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit.

mm) L. 36 § 2 de usufr., l. 6 de usu leg. 33, 2.

dieſes Recht aber dann wieder bis zu der ſeiner Seits geſchehenen Cautionsleiſtung nach den früher dargeſtellten Regeln [§ 56 S. 563] ceſſiren ſollte. Wir können daher die Sätze vom dies cedens bei Legaten von Perſonalſervituten nur als conſequente Ausflüſſe der Grundlehren des Legatenrechts anerkennen.

Die eben dargeſtellten Sätze haben wieder mitgewirkt, um in Verbindung mit der Lehre von der Theilbarkeit des Uſusfructs und der ihm nachgebildeten Perſonalſervituten, ſo wie mancher Conſequenzen des Begriffs der Perſonalſervitut, für Legate ſolcher Servituten dem Accrescenzrecht eine ſo charakteriſtiſche Geſtalt zu geben, ohne daß dieſe, von Nebenpunkten abgeſehen, deßhalb als eine ſinguläre Rechtsbildung aufgefaßt werden kann. Sobald nämlich im alten Rechte ein Vindications- oder Präceptionslegat[nn]), im neuern Rechte aber irgend eine teſtamentariſche Verfügung unmittelbar einen Uſusfruct an derſelben Sache zu Gunſten mehrerer Legatare ſchafft, ſo daß jedem der Legatare dem Wortlaut des Teſtaments gemäß individuell daſſelbe zugewieſen wird, was auch Andern zugewieſen wird, ſo gilt auch hier der Satz: concursu partes fiunt — und ferner: jeder Legatar verliert dadurch nur ſo viel an ſeinem Rechte, als wirklich in das Vermögen des Concurrenten übergeht — oder mit andern Worten: fällt einer der Legatare aus, ſo wird deſſen Portion den andern Legataren deferirt, ſie accrescirt ihnen[oo]).

---

nn) Beim Damnationslegat und dem Legat sinendi modo galten dieſe Grundſätze nicht, — quoniam damnatio partes facit. Vat. fragm. § 75, § 85—89. Im § 85 daſelbſt wird entſchieden, daß wenn jemand eine fremde Sache per vindicationem legire, hier, ſeitdem dieſes Legat in Folge des SC. Neronianum aufrecht erhalten wird, die Grundſätze des Accrescensrechts durch utile Klagen geltend gemacht werden ſollen. Daraus können wir entnehmen, daß auch da, wo ein Forderungsrecht auf einen Uſusfruct Mehreren legirt iſt, Accrescens ſtattfindet, wenn aus den Umſtänden hervorgeht, daß der Teſtator ſie eingehalten haben wolle. L. 57 § 1 de usufr. 7, 1 verwirft ſie, wo der Uſusfruct Gegenſtand eines Fideicommiſſes war, und mit ſo viel mehr Recht, als hier aus den Umſtänden ein entgegengeſetzter Wille des Teſtators hervorging.

oo) Paul. Rec. Sent. III, 6, § 26; Vat. fragm. § 77; l. 1 § 3, l. 3 pr., arg. leg. 6, l. 11, l. 12 de usufr. accr. 7, 2; arg. leg. 2 quib.

Dabei haben diejenigen, welche bei der Theilung durch die Ausgefallenen zunächſt benachtheiligt werden, alſo die re et verbis coniuncti, den Vorzug, und die leer gewordene Portion dient dazu, ihren Antheil dem der andern Legatare gleich zu machen pp). Fehlen ſolche re et verbis coniuncti, ſo wird der leer gewordene Theil auch den „separatim“ im Teſtament Genannten deferirt, wenn ſie eben nur re coniuncti ſind, d. h. auf denſelben ganzen oder partiellen Uſusfruct ohne Theilbeſtimmung eingeſetzt ſind qq). Wir führten oben (S. 720) ſchon aus, wie neben denen, welchen ein Uſusfruct hinterlaſſen iſt, auch die als re et verbis coniuncti galten, welchen unbeſchränktes Eigenthum legirt iſt, und welche daher als ebenfalls zur Nutznießung berufen angeſehen werden, und wie

---

mod usufr. 7, 4 und a. a. O. Eine Ausnahme, aber eine wohlbegründete, ſtellt die l. 74 de cond. 35, 1 auf. Papinian entſcheidet dort, daß wenn einer Frau und dem Titius ein Uſusfruct unter der Bedingung legirt ſei, daß die Frau ſich nicht verheirathe, ſo behalte die Frau ihren Theil, auch wenn ſie ſich verheirathe, da dieſe Bedingung ihr gegenüber nach der lex Papia unerlaubt ſei, aber ſie erhalte nicht auch alsbald den Theil des Titius, den dieſer verliere, weil die ihm gegenüber durchaus erlaubte Bedingung deficirt ſei; dieſer Theil falle vielmehr an den Eigenthümer, bis Titius ſterbe oder eine capitis deminutio erleide, dann erſt könne die Frau ſeinen Uſusfruct beanſpruchen. Als Grund führt Papinian an: tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Es ſoll alſo der ſinguläre Rechtsſatz, daß eine Bedingung als erfüllt gilt, ohne erfüllt zu ſein, nicht dahin führen, daß der, welchem das Recht auf dieſe Weiſe zu Hülfe kommt, mehr erhält, als wenn er dieſe Bedingung in Wirklichkeit erfüllt hätte, und deßhalb hat die eine Singularität die andere im Gefolge, daß hier das Accrescensrecht ſiſtirt wird, bis es auch im letztern Falle eingetreten wäre.

pp) Zu den re et verbis coniuncti gehörten auch die mehreren Eigenthümer eines Sklaven, welche einen dieſem legirten Uſusfruct mit andern Legataren erworben hatten, wenn gleich dies lebhaft beſtritten wurde. Vat. fragm. § 75 und 76; l. 1 § 1 und 2 de usufr. accresc. 7, 2. Daß die Conjunction Titio cum Maevio dieſelbe Kraft hat, wie Titius et Maevius erwähnen l. 7 und l. 8 daſelbſt.

qq) Vat. fragm. § 77; l. 1, l. 7 § 2 de usufr. accresc. 7, 2; l. 3 § 1 quib. mod. usufr. 7, 4.

ebenſo ihnen gegenüber die, welche nur den Uſusfruct erhalten, alſo als re et verbis coniuncti erſcheinen. Wird dagegen eine Sache nur deducto usufructu legirt, ſo daß der Uſusfruct in der Erbſchaft verbleibt und ſich daher als ein theilbares Recht alsbald unter die mehreren Erben ſpaltet, ſo findet unter dieſen das eigenthümliche Accrescenzrecht des Uſusfructs nicht ſtatt, „nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum“ ſagt Ulpian [rr]), d. h. vom Teſtator iſt nirgends für jeden Erben ein ganzer Uſusfruct beſtimmt, ſondern von vorne herein iſt jedem Erben ein beſtimmter Theil angewieſen, wie er ſeiner Erbportion entſpricht, ſo daß man nicht ſagen kann: concursu partes fiunt. Ebenfalls findet das Accrescensrecht keine Anwendung, ſo lange für den ausgefallenen Legatar ein vom Teſtator ernannter Subſtitut berufen iſt, ſei es, daß dies ein Dritter iſt, ſei es, daß es der Ausgefallene ſelbſt iſt, dem der Uſusfruct für den Fall, daß er ihn verliere, von Neuem legirt iſt [ss]); denn dann hört ja für die andern Legatare die Concurrenz nicht auf, und die alte Theilbeſtimmung muß beibehalten werden. Dagegen hat dieſer Subſtitut ſeiner Seits ſelbſt Anſpruch auf die Accrescenz, wenn er nicht etwa nur ausdrücklich für einen beſtimmten Theil ſubſtituirt iſt [tt]).

Während rückſichtlich der ſeither dargeſtellten Regeln das Accrescensrecht beim Legat körperlicher Sachen und bei dem eines Uſusfructs keine weſentliche Verſchiedenheit bietet, ſo geſtaltet es ſich dadurch in beiden Fällen ganz verſchieden, daß es dort nicht mehr vorkommen kann, ſobald jeder der berufenen Legatare ſeine Portion angetreten hat, daß es dagegen hier immer wieder von Neuem geltend gemacht werden kann, falls das Recht eines der Legatare auf die Nutznießung aus irgend einem Grunde, während die Rechte der andern Legatare noch fortdauern, in der Art untergeht, daß es

---

rr) L. 1 § 4 bis l. 3 pr. de usufr. accresc. 7, 2. Vat. fragm. § 78 und § 82. Anders verhält es ſich, wenn der Uſusfruct ausdrücklich einigen Erben ohne Theilbeſtimmung prälegirt iſt. Vgl. l. 8 de usufr. accresc.

ss) L. 3 § 1 und § 2 quibus mod. usufr. 7, 4.

tt) Daſelbſt.

ohne das Accrescensrecht an einen Dritten, vom Teſtator nicht mit zur Nutznießung Berufenen fallen würde[uu]).

Fragen wir nun aber nach dem Grunde, weßhalb die einmal von einem der Legatare erworbene Portion nach Ausfall deſſelben immer wieder vertheilt werden ſoll, ſo geben die Quellen dafür als Grund an:

> Omnes enim auctores de hoc consenserunt, ut et Celsus et Julianus eleganter aiunt: *ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur.*

Auf Grund dieſer Stelle pflegt man heutigen Tags nach dem Vorbilde der Ausführungen von Heimſoeth[vv]) und der mehr abgerundeten von K. Alb. Schneider[ww]) jenen Satz gegen die mancherlei Angriffe auf ſeine Folgerichtigkeit dadurch zu begründen und zu vertheidigen, daß man annimmt, das Legat könne nicht alsbald am dies cedens ſeinem vollen Inhalt nach, wie wenn Eigenthum legirt wäre, erworben werden, ſondern müſſe, da der Uſusfruct ſeinem Weſen nach in einzelnen von den Berechtigten ſucceſſiv vorzunehmenden Handlungen beſtände, erſt nach und nach während der ganzen für den Uſusfruct beſtimmten Zeit vom Legatar gewonnen werden. Wer von den Legataren daher wegfalle, habe nicht mehr erworben, als von ihm ausgeübt ſei, und bei allen folgenden Ausübungshandlungen concurrire er daher nicht mehr, ſo daß er die Portionen der Uebrigen nicht mehr beſchränken könne. Allein dem erſten Theile dieſes Rai-

---

uu) Dieſe Beſchränkung des Accrescensrechts ſchließt daſſelbe z. B. aus, wenn einer der Uſufructuare das Eigenthum der belaſteten Sache erwirbt und alſo die Servitut des Uſusfructs in Folge von Conſolidation verliert, weil er, dem dafür die Nutznießung als Eigenthümer zugefallen iſt, dann doch noch zu denen gehört, die nach dem Willen des Teſtators zur Nutznießung berufen ſind, und erſt wenn ein Umſtand eintritt, der ihm, wenn jene Conſolidation nicht geſchehen wäre, den Uſusfruct genommen hätte, fällt ſein Antheil an der Nutznießung den andern Legataren zu. Vgl. Vat. fragm. § 83; l. 6 pr. de usufr. accresc. 7, 2.

vv) De usufr. accresc. ex iure Romano. Colon. 1831.

ww) Das altcivile und juſtinianeiſche Anwachſungsrecht, Berlin 1837 S. 288 ff.

ſonnements und zugleich der ganzen obigen Begründung dieſes Satzes glaube ich nicht beiſtimmen zu können. Denn durch die Annahme, daß das Legat nicht mit einem Male, ſondern erſt allmälig erworben werden könne, ſcheint mir der Charakter des dinglichen Rechts weſentlich alterirt zu werden, indem dieſer es fordert, daß jeder, der einmal eine Servitut gültig erworben hat, ſich dieſe mit ſeiner dinglichen Klage ohne Rückſicht darauf, ob der Erwerbsact, jetzt wiederholt, noch den gleichen Erfolg erzielen würde, zu behaupten vermag, bis die Servitut aus einem nur ſeinen eigenen Regeln unterliegenden Erlöſchungsgrunde untergegangen iſt. Mit dem Moment, wo der Uſusfruct entſteht, löſt ſich für ſeine ganze Dauer die ihm zu Grunde liegende Eigenſchaft der körperlichen Sache von dieſer los, und es widerſpricht dem ganzen Bau des römiſchen Servitutenrechts, wenn man ſich dieſe Loslöſung bei jeder einzelnen Ausübungshandlung wiederholt denkt, und alſo auch den Rechtsgrund dafür jedes Mal von Neuem und nach der jetzigen Sachlage prüfen wollte. Das erkennt das Recht auch ausdrücklich z. B. dadurch an, daß beim Legat eines Uſusfructs der dies cedens deſſelben nur einmal eintritt[xx]), oder daß überall nur gefragt wird, ob zur Zeit der Beſtellung der Beſtellende Eigenthümer der belaſteten Sache iſt, alſo durch Sätze, welche in den Augen Schneiders und ſeiner Nachfolger als Singularitäten erſcheinen müſſen, und welche doch die ganze Servitutentheorie beherrſchen. Dieſe Sätze drücken aber deutlicher und unzweifelhafter die eigentliche Auffaſſung des römiſchen Rechts aus, als das Raiſonnement der einzelnen Juriſten, zumal dieſe grade in der Begründung der aufgeſtellten Regeln ſo oft das geringere Geſchick beweiſen, während ſie in der Auffindung derſelben ihren muſterhaften Takt und Scharfſinn bewähren. Dies wiederholt ſich auch in dem vorliegenden Falle. Denn die obige Regel ſelbſt müſſen auch wir als das conſequente Reſultat des Begriffs des

xx) Ulpian behauptet dieſen Satz grade der Thatſache gegenüber, daß der Uſusfruct erſt allmälig conſumirt werden kann, wenn er in l. 1 pr. quando dies usufr. 7, 3 ſagt:

> Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius, qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies.

Usufructs anerkennen und es für richtig halten, daß, falls einer der zusammen Berufenen seinen Ususfruct verliert, die Beschränkung aufhören muß, die das Legat der Uebrigen seither durch seinen Anspruch erlitten hat — aber nicht, weil er die ihm deferirte Quote täglich erwerben muß und also nur bis dahin erworben hat, wo er ausfällt, sondern weil ihm von Anfang an die Nutznießung nur bis zu seinem Tode oder bis zu seiner Capitis Deminution oder bis zum Eintritt eines sonstigen Erlöschungsgrundes deferirt war, und also mit diesem Zeitpunkt, bis zu welchem er allerdings auch folgeweise nur den Anspruch auf Nutznießung erworben hatte, seiner Seits die Concurrenz erlöschen muß, welche seither die andern Legatare beschränkte. Diesen war schon von Anfang an die ganze Nutznießung und also auch die von dem Ausgefallenen bis jetzt in Beschlag genommene Quote deferirt, aber für diese Quote war die Bedingung beigefügt, daß sie ihnen erst anfallen solle, wenn der erste Innehaber sie verloren habe, und somit war der dies cedens für sie bis zu dem Zeitpunkt hinausgerückt, wo dieser sie verloren hatte.

Dieser Sachverhalt führt nun in Verbindung mit den oben dargestellten Grundsätzen über den dies cedens dahin, daß die Ansprüche auf Accrescens der leer gewordenen Portion nur nach dem Zeitpunkte beurtheilt werden dürfen, wo diese Portion durch den Ausfall eines Legatars leer wird, und daß daher namentlich die Capitis Deminution, welche Einer der andern Legatare vorher erlitten und wodurch er den ihm früher angefallenen Antheil wieder verloren hat, den Anspruch auf Accrescens nicht aufhebt[yy]). Gleiches gilt, wenn dieser Theil durch Veräußerung, durch Nichtgebrauch[zz]) oder

yy) Bei einer oberflächlichen Betrachtung scheint aus der l. 4 de usufr. accresc. das Gegentheil hervorzugehen und daher kommt es vielleicht, daß man dies gewöhnlich ohne nähere Begründung zu lehren pflegt. Allein wenn es in jener Stelle am Schlusse heißt, dem accrescire, qui ex nobis capite minutus non fuerat, so bezieht sich das auf den speciellen Fall dieser Stelle, und jene Worte dienen nur dazu, um den von den beiden Legataren zu bezeichnen, welcher nicht ausgefallen ist, und um dessen Portion es sich daher jetzt nicht handelt.

zz) Darauf beruht die Entscheidung Ulpians in der schwierigen l. 10 de usufr. accresc. 7, 2:

Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed

früher auch durch plus petitio bei Einklagung des ganzen Ususfructs, da doch nur erst ein Theil angefallen war, verloren ging[a2]). Dahin gehört auch, daß in den Fällen, wo neben dem Legat des Ususfructs das Eigenthum an der belasteten Sache unbeschänkt legirt war, und daher eine Theilung der Nutznießung zwischen den zum Ususfruct und den zum Eigenthum Berufenen eintrat, den Letzteren die freiwerdende Nutznießung auch dann noch anfallen soll, wenn sie das legirte Eigenthum mit dem seither damit verbundenen Theil der Nutznießung schon längst veräußert haben[b2]), so daß sie jetzt die Servitut des Ususfructs erwerben, während sich, falls sie nicht veräußert hätten, nur ihr Eigenthum consolidirt hätte. Diese Regeln dürfen nun aber nicht dahin führen, daß einer der Legatare den Theil, der ihm früher schon angefallen war, den er aber aus irgend einem Grunde verlor, und der daher damals seinem Collegatar accrescirte, jetzt, nachdem dieser seinen Ususfruct verloren hat, wieder zurück erhält, vielmehr werden ihm nur die Bestandtheile desselben deferirt, für welche der dies cedens seither ihm gegenüber noch nicht eingetreten ist, während die ihm schon einmal deferirten und dann verlorenen Bestandtheile den andern coniuncti zufallen, oder falls

---

ammittenti accrescit; nam si usufructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis, usufructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus.

Es wird hier vorausgesetzt, daß einer von zwei re coniuncti seinen Antheil am Ususfruct einem fictus possessor gegenüber geltend gemacht, aber während des Processes in Folge von Nichtgebrauch verloren hat. Wenn nun der Collegatar ausfällt, entsteht die Frage, ob der fictus possessor nur zum Ersatz jenes verlorenen Antheils verpflichtet ist, oder ob er auch den Theil ersetzen muß, der erst jetzt dem Kläger deferirt ist. Der Jurist entscheidet dahin, daß er diesen Theil nicht zu ersetzen brauche, weil der Umstand, daß er den andern Theil in Folge des Processes verloren habe, für den Erwerb dieses Theils ohne Einfluß bleibe.

a2) L. 33 § 1 de usufr. 7, 1; l. 14 § 1 de exc. rei iudic. 44, 2.

b2) L. 5 de usufr. accresc. 7, 2.

Usufructs anerkennen und es für richtig halten, daß, falls einer der zusammen Berufenen seinen Usufruct verliert, die Beschränkung aufhören muß, die das Legat der Uebrigen seither durch seinen Anspruch erlitten hat — aber nicht, weil er die ihm deferirte Quote täglich erwerben muß und also nur bis dahin erworben hat, wo er ausfällt, sondern weil ihm von Anfang an die Nutznießung nur bis zu seinem Tode oder bis zu seiner Capitis Deminution oder bis zum Eintritt eines sonstigen Erlöschungsgrundes deferirt war, und also mit diesem Zeitpunkt, bis zu welchem er allerdings auch folgeweise nur den Anspruch auf Nutznießung erworben hatte, seiner Seits die Concurrenz erlöschen muß, welche seither die andern Legatare beschränkte. Diesen war schon von Anfang an die ganze Nutznießung und also auch die von dem Ausgefallenen bis jetzt in Beschlag genommene Quote deferirt, aber für diese Quote war die Bedingung beigefügt, daß sie ihnen erst anfallen solle, wenn der erste Innehaber sie verloren habe, und somit war der dies cedens für sie bis zu dem Zeitpunkt hinausgerückt, wo dieser sie verloren hatte.

Dieser Sachverhalt führt nun in Verbindung mit den oben dargestellten Grundsätzen über den dies cedens dahin, daß die Ansprüche auf Accrescens der leer gewordenen Portion nur nach dem Zeitpunkte beurtheilt werden dürfen, wo diese Portion durch den Ausfall eines Legatars leer wird, und daß daher namentlich die Capitis Deminution, welche Einer der andern Legatare vorher erlitten und wodurch er den ihm früher angefallenen Antheil wieder verloren hat, den Anspruch auf Accrescens nicht aufhebt[yy]). Gleiches gilt, wenn dieser Theil durch Veräußerung, durch Nichtgebrauch[zz]) oder

---

yy) Bei einer oberflächlichen Betrachtung scheint aus der l. 4 de usufr. accresc. das Gegentheil hervorzugehen und daher kommt es vielleicht, daß man dies gewöhnlich ohne nähere Begründung zu lehren pflegt. Allein wenn es in jener Stelle am Schlusse heißt, dem accrescire, qui ex nobis capite minutus non fuerat, so bezieht sich das auf den speciellen Fall dieser Stelle, und jene Worte dienen nur dazu, um den von den beiden Legataren zu bezeichnen, welcher nicht ausgefallen ist, und um dessen Portion es sich daher jetzt nicht handelt.

zz) Darauf beruht die Entscheidung Ulpians in der schwierigen l. 10 de usufr. accresc. 7, 2:

Interdum pars usufructus et non habenti partem suam, sed

früher auch durch plus petitio bei Einklagung des ganzen Usufructs, da doch nur erst ein Theil angefallen war, verloren ging[a2]). Dahin gehört auch, daß in den Fällen, wo neben dem Legat des Usufructs das Eigenthum an der belasteten Sache unbeschränkt legirt war, und daher eine Theilung der Nutznießung zwischen den zum Usufruct und den zum Eigenthum Berufenen eintrat, den Letzteren die freiwerdende Nutznießung auch dann noch anfallen soll, wenn sie das legirte Eigenthum mit dem seither damit verbundenen Theil der Nutznießung schon längst veräußert haben[b2]), so daß sie jetzt die Servitut des Usufructs erwerben, während sich, falls sie nicht veräußert hätten, nur ihr Eigenthum consolidirt hätte. Diese Regeln dürfen nun aber nicht dahin führen, daß einer der Legatare den Theil, der ihm früher schon angefallen war, den er aber aus irgend einem Grunde verlor, und der daher damals seinem Collegatar accrescirte, jetzt, nachdem dieser seinen Usufruct verloren hat, wieder zurück erhält, vielmehr werden ihm nur die Bestandtheile desselben deferirt, für welche der dies cedens seither ihm gegenüber noch nicht eingetreten ist, während die ihm schon einmal deferirten und dann verlorenen Bestandtheile den andern coniuncti zufallen, oder falls

---

ammittenti accrescit; nam si usufructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam dumtaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis, usufructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus.

Es wird hier vorausgesetzt, daß einer von zwei re coniuncti seinen Antheil am Usufruct einem fictus possessor gegenüber geltend gemacht, aber während des Processes in Folge von Nichtgebrauch verloren hat. Wenn nun der Collegatar ausfällt, entsteht die Frage, ob der fictus possessor nur zum Ersatz jenes verlorenen Antheils verpflichtet ist, oder ob er auch den Theil ersetzen muß, der erst jetzt dem Kläger deferirt ist. Der Jurist entscheidet dahin, daß er diesen Theil nicht zu ersetzen brauche, weil der Umstand, daß er den andern Theil in Folge des Processes verloren habe, für den Erwerb dieses Theils ohne Einfluß bleibe.

a2) L. 33 § 1 de usufr. 7, 1; l. 14 § 1 de exc. rei indic. 44, 2.

b2) L. 5 de usufr. accresc. 7, 2.

keine ſolche mehr vorhanden ſind, mit dem Eigenthum conſolidiren[c2]). Waren alſo A, B und C berufen, und A erlitt eine capitis deminutio, ſo accrescirt ſein Theil dem B und C, von denen jetzt jeder ¼ hat. Stirbt B darauf, ſo erhält A nur die Hälfte des urſprünglichen Theils des B, alſo ⅛, C dagegen erwirbt auch dieſe Hälfte, aber außerdem den ganzen Antheil, den B von der Portion des A erhielt, alſo ¼, was in Verbindung mit ſeiner ſchon früher ſucceſſiv erhaltenen Portion ⅛ ausmacht.

Das Accrescensrecht wird geltend gemacht durch die confeſſoriſche Klage, die jedoch vorausſetzt, daß die uſufructuariſche Caution auch rückſichtlich des anwachſenden Theils dem Eigenthümer beſtellt, oder doch angeboten iſt[d2]).

§. 67.

Entſtehung durch richterliches Urtheil.

Daß in den drei Theilungsverfahren der Richter einer der Parteien das Eigenthum an der gemeinſamen Sache, beziehungsweiſe an dem beſtrittenen Grenzſtück zuſprechen könne, und daß dieſer in einem iudicium legitimum geſchehene Ausſpruch unmittelbar civiles Eigenthum an jeder Art von Sachen erzeuge, gehörte ſicherlich zu den älteren Sätzen des römiſchen Rechts[a]). Wie aber bei der Theilung von Grundſtücken, falls dieſe dem wahren Intereſſe der Theilhaber entſprechen ſollte, das Bedürfniß frühe zu Wege- und Waſſerleitungsſervituten führen mußte, haben wir ſchon in der Einleitung (§ 1) dargeſtellt; frühe wird daher auch dem Richter die Befugniß zugeſtanden ſein, ſolche Servituten zu errichten, und dadurch war der Anſtoß gegeben, um die Servitutbeſtellung zu einem der Mittel zu machen, welche der Richter zur Ausgleichung der jedem zugetheilten Portion benutzen konnte. In wie weit ſich daſſelbe als zweckmäßig empfiehlt, wird in jedem Falle nach der beſondern Sachlage beurtheilt werden müſſen; die Römer ſcheinen aber im Ganzen

---

c2) L. 3 § 2 quib. mod. usufr. 7, 2.

d2) Ueber das Accrescensrecht beim Legat einer habitatio ſ § 60 S. 637.

a) Ulp. fragm. XIX § 16.

geneigter zur Benutzung deſſelben geweſen zu ſein, als wie wir es ſind, und ſo wird namentlich wiederholt davon geſprochen, wie der Richter dem Einen den Uſusfruct an der fraglichen Sache, dem Andern das Eigenthum daran zuſprechen könne[b]), — ein Verfahren, das unſerm Billigkeitsgefühle bei der großen Unbeſtimmtheit des Werths des Uſusfructs wenig entſpricht. Die adjudicirte Servitut gilt als entſtanden, ſobald das Urtheil rechtskräftig geworden iſt[c]); nachträgliche Adjudication einer Servitut, nachdem das Urtheil in Kraft getreten iſt, welches das Eigenthum unbeſchränkt zugeſprochen hat, iſt nicht möglich[d]). Doch nur an den Sachen, welche in dem erhobenen Verfahren getheilt werden ſollen, kann der Richter Servituten beſtellen; ſonſtige Sachen, die im Sondereigenthum einer der Parteien ſtehen, ſind ſeiner Machtvollkommenheit entzogen, und deßhalb kann er ſogar zu Gunſten ſolcher Sachen keine Servituten an den Theilungsobjecten herſtellen[e]), weil ihm die Befugniß fehlt, die Servitut mit der herrſchenden Sache zu verbinden (vgl. § 63 S. 694). Doch kann er dahin wirken, wenn er es auch nicht direct erzwingen kann, daß ſich der Eine der Intereſſenten perſönlich verpflichtet, dem Andern an ſeiner Sonderſache, oder falls ihm das Theilungsobject zugeſprochen würde, an dieſer zu Gunſten einer Sonderſache des andern Intereſſenten eine Servitut zu beſtellen. Während im alten Rechte ein iudicium legitimum nöthig geweſen ſein wird, um mit allem Erfolg zu adjudiciren[f]), ſo ſchützte doch der Prätor ſpäter auch die in einem iudicium imperio continens auferlegten Servituten[g]), und nachdem dem Emphyteuten die Befugniß zur Servituterrichtung zugeſtanden war, mußte auch da, wo ein emphyteutiſches Grundſtück Gegenſtand des Theilungsverfahrens war, der Richter mit demſelben Erfolge Servituten auflegen können,

b) L. 6 de usufr. 7, 1; l. 16 § 1 fam. herciac. 10, 2. Vat. fragm. § 47.

c) § 7 J. de off. iudicis IV, 17.

d) L. 22 § 3 fam. herciac. 10, 2.

e) L. 18. comm. divid. 10, 3.

f) Vat. fragm. § 47.

g) Darauf bezieht ſich wohl die l. 44 fam. herciac. 10, 2.

wie wenn ſie ein alleiniger Innehaber dieſer Emphyteuſis auferlegt hätte[h]).

Man hat häufig mit dieſer Entſtehungsart die verwechſelt, wo unmittelbar das Geſetz ſervitutartige Rechte erzeugt, und wo daher Ulpians Ausſpruch in l. 8 § 4 si serv. vind. 8, 5 völlig Anwendung findet: per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari.

h) L. 7 § 1 comm. divid. 10, 3.

Zweites Kapitel.

Originärer Erwerb der Servituten.

§. 68.

Entstehung durch langjährige Ausübung.

Wie das ältere Recht bis zur lex Scribonia eine usucapio servitutum gekannt haben soll, und wie diese wahrscheinlich beschaffen gewesen ist, haben wir schon oben bei Darstellung der Geschichte des Quasibesitzes (§ 62 S. 651) ausgeführt. Ohne irgend welchen historischen Zusammenhang mit dieser Usucapion hat sich viel später eine neue Servituterſitzung gebildet, von der wir erst im letzten Stadium der klassischen Jurisprudenz die ersten Spuren erkennen können[a]), und über die uns die Quellen nur sehr unvollkommen unterrichten, so daß wir hinsichtlich ihrer Geschichte nur vermuthen können, und die einzelnen Lehrsätze meistens nur durch Analogieen aufzufinden vermögen. Da sie keine servitus iure imposita erzeugte[b]), so ist sie nicht etwa durch ein Gesetz erschaffen, sondern wird ein Product des prätorischen Rechts sein, und dies, so wie der Umstand, daß auch die andern Wirkungen des Servitutenbesitzes durch analoge Verwendung der Rechtssätze vom Eigenthum und vom Sachbesitz

a) Paulus deutet sie in l. 28 de S. P. U. 8, 2 an; vielleicht bezieht sich auch die l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 darauf (s. o. § 62 S. 655); Ulpian erwähnt sie in l. 10 si serv. vind. 8, 5, in l. 1 § 23 de aq. pluv. arc. 39, 3 und in l. 5 § 3 de itin. actuque priv. 43, 19. Außerdem erkennt sie der Kaiser Antonin in l. 1 und l. 2 C. de serv. 3, 34 an.

b) L. 5 § 3 de itin. act. priv. 43, 19.

eingeführt wurden, legt ſchon die Vermuthung nahe, daß ſie mit der prätoriſchen Eigenthumserſitzung, der longi temporis praescriptio, in einer hiſtoriſchen und zugleich in einer inhaltlichen Verwandſchaft ſtehe. Das wird beſtätigt durch Antonin's l. 2 C. de serv., in welcher er von einer geſchehenen Servituterſitzung ſpricht mit den Worten: servitutem *exemplo rerum immobilium* tempore quaesiisti, wie er denn auch in der l. 1 C. daſelbſt ſagt: is, qui iudex erit, *longi temporis* consuetudinem vicem servitutis obtinere, sciet. Aehnlich ſagt auch Ulpian in l. 5 § 3 de itin. actuq. 43, 19 von dem, welcher die Servitut lange (diu) brauchte: habeat velut *longae possessionis* praerogativam. Ob nun auch dieſe Servituterſitzung, ebenſo wie die longi temporis praescriptio zunächſt nur als Extinctivverjährung der dinglichen Klage hervortrat und dann erſt durch eine ſelbſtändige Klage geſchützt wurde, oder ob ſie hier ſofort als Acquiſitivverjährung auftrat, das vermögen wir bei der Dürftigkeit unſerer Quellen nicht mehr zu erkennen, und wir können eben nur die Thatſache conſtatiren, daß ſchon zu Ulpians Zeiten die confeſſoriſche Klage als actio utilis durch die Erſitzung begründet werden konnte[c]. Man hat freilich die nahe Verwandſchaft zwiſchen der longi temporis praescriptio beim Eigenthum und zwiſchen dieſer Servitutenerſitzung mannigfach in Abrede geſtellt, und ſo iſt namentlich behauptet worden[d], wir ſeien für letztere nicht zu der Annahme berechtigt, daß die Erſitzungszeit ebenfalls zehn Jahre unter Anweſenden, zwanzig unter Abweſenden betrage, indem nirgends in den von der Servituterſitzung handelnden Stellen dieſe Zeitfriſten angegeben würden, vielmehr meiſtens nur von einem diuturnus usus oder einem diu uti die Rede ſei, und die auch vorkommenden Ausdrücke longa possessio und longa consuetudo keinen genügenden Anhalt zu geben vermöchten; es komme auch ſonſt vor, daß an den Ablauf eines longum tempus rechtliche Folgen geknüpft ſeien, und daß der Umfang deſſelben doch erſt vom Richter nach Maßgabe des einzelnen Falles zu ermitteln ſei. Allein es iſt mit Recht hiergegen auch ſchon, namentlich von

c) L. 10 si serv. vind. 8, 5.

d) Zimmern in ſeinen und Neuſtetels römiſchrechtl. Unterſ. Nr. 5; P. L. Krit, Abhandlungen über auserwählte Materien des Civilr. S. 172 ff.

Unterholzner (ausführliche Verjährungslehre Bd. II § 199) geltend gemacht, wie in allen Fällen der letztern Art innere Kriterien vorhanden sind, nach denen der Richter die Zeit bemessen kann, welche der Idee der betreffenden Institute entspricht, wie aber hier jeder Anhalt fehlen und das Institut der Verjährung, welches grade dazu dienen soll, Processe abzuschneiden und Rechtssicherheit zu schaffen, der unbegrenzten Willkühr des Richters und deßhalb allen Zweifeln und Unsicherheiten über den Inhalt des Rechts den weitesten Spielraum bieten würde. Wenn Ulpian in l. 10 si serv. vind. zur Begründung der Klage auf Grund einer Ersitzung den Beweis fordert: per annos forte tot usum se .... possedisse, so erklärt sich die unbestimmte Angabe über die Länge der Frist daraus, daß diese wirklich verschieden war, je nachdem die Parteien anwesend oder abwesend waren, und daß sich daher eine solche kürzere Bezeichnung empfehlen konnte, und die Benennung der Verjährungszeit als id spatium in l. 2 C. de serv. deutet auch gradezu auf ein für allemal gegebene Grenze derselben. Für diese, so wie auch dafür, daß zwischen Anwesenden und Abwesenden unterschieden wurde, lassen sich auch noch die Schlußworte von Justinians l. 12 C. de praescr. longi temp. 7, 33 benutzen, in welcher er die Begriffe von praesens und absens für die longi temporis praescriptio näher normirt, und dann fortfährt: § 4. Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes. Er hat allerdings in l. 13 C. de serv. 3, 33 für die Extinctivverjährung der Servituten in Folge von Nichtgebrauch auch die Fristen von zehn und zwanzig Jahren eingeführt, und es wäre daher möglich, daß er in dem § 4 der l. 12 nur hierau denkt; allein es ist einmal ungewiß, ob diese Constitution, deren Datum uns nicht erhalten ist, jünger wie die l. 13 de serv. ist, und dann würde Justinian seiner sonstigen Art und Weise gemäß gewiß nicht unterlassen haben, seine Aenderung der Verjährungsfristen mit lobenden Worten hervorzuheben, wenn er nur allein diese seine Schöpfung im Sinne gehabt hätte, und ihm nicht vorzugsweise die Acquisitivverjährung der Servituten, die doch wohl nur als longi temporis praescriptio bezeichnet wurde, im Sinne gelegen hätte. Nach allem diesem können wir nicht anstehen, mit der von jeher herrschenden

Meinung anzunehmen, daß die Servitutenerſitzung an beſtimmte Zeitfriſten geknüpft iſt, und werden dann, da wir von keiner andern Normirung derſelben wiſſen, die zehn Jahre gegenüber von Anweſenden, die zwanzig gegenüber von Abweſenden aus der Lehre vom Eigenthum herübernehmen müſſen[e]. Nach Analogie der longi temporis praescriptio wird dann auch eine accessio possessionis eintreten, und jeder Beſitzer ſich auf die Ausübung ſeines Vorgängers, wenn nur keine Unterbrechung im Beſitz ſtattgefunden hat, berufen können.

Eine zweite mehr beſtrittene Frage iſt die, ob zur Servitutenerſitzung bona fides der Erſitzenden oder gar ein iustus titulus erforderlich ſei, oder ob es genüge, daß die einzelnen Ausübungshandlungen nec vi, nec clam, nec precario vorgenommen ſeien. Nur in einer Beziehung läßt ſich unſers Erachtens ein poſitives Reſultat unmittelbar aus den Quellenſtellen entnehmen, welche von dieſer Erſitzung handeln; die Kardinalſtelle für dieſe Lehre, die l. 10 si serv. vind. 8, 5[f]) erklärt nämlich ausdrücklich, daß, wer ſich auf eine Servitut berufe, keinen Titel für die Entſtehung derſelben anzugeben brauche. Man hat freilich auch dies nicht zugeſtehen wollen und die Worte non est ei u. ſ. w. überſetzt durch: „er braucht nicht nachzuweiſen, durch welches Recht das Waſſer ihm gegeben wurde[g])“,

---

e) Allerdings kann dies ſolchen Servituten gegenüber, die nur in langen Zwiſchenräumen ausgeübt werden, ſehr bedenklich erſcheinen, indem dieſe dann vielleicht ſchon durch zwei oder drei Ausübungshandlungen erworben werden können, — allein grade bei ihnen wird nach dem, was wir oben (§ 62 S. 681) zur Lehre vom Quaſibeſitz ausführten, die einzelne Ausübungshandlung durchaus nicht immer qualifizirt ſein, um die Ueberzeugung vom animus possidendi des Ausübenden hervorzurufen, und grade in den Fällen, wo dies dennoch der Fall iſt, wird es auch nicht unbillig ſein, wenn ſchon ſo wenige Handlungen zur Begründung der Servitut genügen.

f) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, *non est ei necesse, docere de iure*, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

g) Muther, die Erſitzung der Servituten S. 22.

ſo daß darnach dieſer erſte Theil der Stelle ziemlich nichts ſagend ſein und ſich durchaus im Kreiſe drehen ſoll. Das ſpricht ſchon gegen dieſe Auffaſſung, noch mehr aber die Ausdrucksweiſe, indem docere de iure da, wo es unſers Wiſſens ſonſt noch im Corpus Juris vorkommt[b]), durchaus nicht „ſein Recht beweiſen", ſondern vielmehr entſprechend dem ſonſtigen Gebrauch des Worts docere „den Richter von ſeinem Recht in Kenntniß ſetzen" heißt, und alſo, da wir ihm für die l. 10 eine ähnliche Bedeutung unterlegen müſſen, dort nur beſtimmt wird, zur Erſitzung ſei nicht nöthig, daß man einen Rechtsgrund für den Erwerb der Servitut angebe. Demnach wird man gewiß berechtigt ſein, mit der bei Weitem überwiegenden Anzahl unſerer Juriſten das Erforderniß eines Erſitzungstitels durchaus zu leugnen.

Ob dagegen bona fides erforderlich ſei, oder nicht, das wird nirgends ausdrücklich entſchieden, und man hat ſich in dieſer Beziehung nur mit Unrecht auf die l. 12 § 4 C. de praescr. 7, 33 berufen, um völlige Uebereinſtimmung zwiſchen der longi temporis praescriptio des Eigenthums und dieſer Servituterſitzung nachzuweiſen, indem dieſe Stelle, wenn ſie, wie auch wir glauben (S. 739) von letzterer ſpricht, doch nur hinſichtlich eines einzigen Punktes, hinſichtlich der Begriffe von Anweſenheit und Abweſenheit, eine gänzliche Gleichheit mit jener anerkennt. Ebenſo läßt ſich aus der l. 2 C. de serv. 3, 33 nicht erweiſen, daß bona fides, wie bei der Eigenthumserſitzung, gefordert werde; denn wenn der Kaiſer dort ſagt: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, *servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti*, ſo kann er damit nur überhaupt die Erſitzungsmöglichkeit von Servituten haben anerkennen wollen, und der Umſtand, daß grade in dieſer Stelle das Erforderniß nicht hervorgehoben wird, welches zwar auch bei der Eigenthumserſitzung nöthig iſt, welches aber hier um der Beſonderheiten des Servitutenbeſitzes willen eine andere Bedeutung erhält

b) L. 16 qui pot. in pign. 20, 4 — quum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat etc. — L. 7 de aq. quot. 43, 20. — cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum.

und darum in andern Stellen als Eigenthümlichkeit der Servitutenerſitzung mit Nachdruck geltend gemacht wird, deutet auch darauf hin, daß der Kaiſer bei jener l. 2 nicht an alle die einzelnen Erforderniſſe beider Erſitzungen gedacht und für ſie alle eine vollſtändige Uebereinſtimmung bei beiden hat ausſprechen wollen [1]). Wohl aber läßt ſich die eben erwähnte übereinſtimmende Hervorhebung eines Requiſits in mehreren hierher gehörigen Stellen dazu benutzen, um

---

1) Das „eo sciente" in dem Bedingungsſatze dieſer Stelle hat man benutzen wollen, um ein eigenthümliches neues Requiſit für dieſe Verjährung aufzuſtellen; es ſoll nämlich nicht genügen, daß die Ausübungshandlung den Charakter einer allgemein erkennbaren (non clam facta) habe, ſondern es ſoll auf Grund dieſes Reſcripts auch erforderlich ſein, daß der Eigenthümer der Sache, welche belaſtet werden ſoll, Kenntniß von der Ausübung erhalten habe. Hätte die l. 2 von vorneherein den Charakter einer lex edictalis gehabt, ſo würde man allerdings die Beifügung der obigen Worte nicht für zufällig halten können, und würde die erwähnte Folgerung daraus machen müſſen. Bei dem bekannten Charakter der Codexreſcripte bleibt aber immer noch die Möglichkeit offen, daß ſich Elemente des einzelnen entſchiedenen Falles und der vorausgegangenen Anfrage auch in der jetzigen Faſſung erhalten haben, und daß das hier der Fall iſt, wird dadurch wahrſcheinlich, daß nirgends ſonſt bei Acquiſitivverjährungen auf die Wiſſenſchaft deſſen, der verliert, Gewicht gelegt wird und demnach dieſer Satz hier eine ganz vereinzelte Erſcheinung im Rechte wäre, und ferner dadurch, daß dann die oben gefundene Verſchiedenheit der Verjährungsfriſt, je nachdem der Verlierende anweſend oder abweſend iſt, eigentlich ohne einen recht genügenden Grund wäre, da den Abweſenden ſchon die fragliche Regel hinlänglich ſicherte, und er eines ſo exorbitanten Schutzes, wie ihn die Verdoppelung der Verjährungszeit gewährt, nicht mehr bedurft hätte. In Juſtinians l. 12 C. de praescr. long. temp., deren Beſtimmungen über Abweſenheit und Anweſenheit der § 4, wie wir ſchon oben (S. 739) ſagten, wahrſcheinlich auch auf die Servitutenerſitzung ausdehnt, wird demgemäß auch nach Ablauf der Erſitzungsfriſten jede Unterſuchung über das Wiſſen des Verlierenden ausdrücklich unterſagt, und dieſes Geſetz widerlegt denn auch ſchon die Anſichten derer, welche es als möglich anerkennen, daß das „eo sciente" ſich urſprünglich nur auf den beſtimmten Fall, welcher Antonins Entſcheidung hervorrief, bezogen habe, daß aber durch Aufnahme derſelben in das Corpus Juris Juſtinian ſeinen Willen kund gethan habe, in dieſer Beziehung eine neue Forderung an die Erſitzung zu machen — eine Argumentation, die dem Corpus Juris gegenüber immer ihre großen Bedenken hat.

wenigſtens einen hohen Grad von Wahrſcheinlichkeit dafür zu erreichen, daß die bona fides nicht gefordert wurde. Wiederholt und mit beſonderem Nachdruck wird nämlich der Satz aufgeſtellt, daß wer eine Servitut durch Erſitzung in Anſpruch nehmen wolle, nachweiſen müſſe, wie er ſie nec vi, nec clam, nec precario geübt habe[k]). Wir haben ſchon oben in der Lehre vom Quaſibeſitz (§ 62 S. 685) angedeutet, wie ſich die beſondere Hervorhebung dieſes Verbots der vitia possessionis durch die eigene Bedeutung rechtfertige, welche daſſelbe für die Erſitzung ſolcher Servituten gewinne, die durch einzelne von einander unabhängige und ſelbſtändige Handlungen ausgeübt werden, indem es da nicht genügen kann, daß die Vitioſität, wie beim Beſitz körperlicher Sachen, nur in dem Augenblick nicht vorhanden iſt, wo der Quaſibeſitz beginnt, ſondern dieſer auch nachträglich zu einem fehlerhaften werden muß, ſobald die ſpätere Ausübungshandlung, welche ganz ſelbſtändig und unabhängig von den früheren den Zweck der Servitut erreichen ſoll, nur vi, clam oder precario vorgenommen werden kann. Deßhalb wird jene Regel auf dieſem Gebiete mehr zu Tage treten und häufiger die Erſitzung derartiger Servituten verhindern, und es iſt daher gewiß nicht zufällig, daß jene Stellen ſie grade bei Gelegenheit von Wege- und Waſſergerechtigkeiten, alſo ſolcher Servituten, die vorzugsweiſe durch derartige einzelne Handlungen ausgeübt werden, hervorzuheben für nöthig finden.

Benutzen wir dieſe Grundſätze über die Fehlerhaftigkeit des Servitutenbeſitzes für unſere Frage in Betreff der bona fides, und ſupponiren verſuchsweiſe einmal, daß dieſe zur Servituterſitzung nöthig geweſen ſei, ſo werden wir zugeſtehen müſſen, daß, wenn der Quaſibeſitz einer Servitut der bezeichneten Art nachträglich zum vitiöſen werden kann, er auch, trotzdem daß er im Anfang gutgläubig war, nachträglich doch zum böſegläubigen muß werden können, und daß es eine Disharmonie des Rechts wäre, wenn auch hier der Satz Geltung hätte: mala fides superveniens non nocet. Bei der Eigenthumserſitzung ward auch in dieſer Beziehung die ſpätere

k) L. 10 si serv. vind.; l. 1 § 23 de aq. pluv. arc.; l. 1 C. de serv.

Ausübung des Beſitzes nur als eine Conſequenz der in gutem Glauben geſchehenen Beſitzergreifung aufgefaßt, und ward daher durch eine ſpätere Sinnesänderung des Beſitzers nicht alterirt (es iſt, als hätte das Recht auch ſeinen guten Bürgern den Act der Selbſtüberwindung und Demüthigung nicht zutrauen dürfen, daß ſie, nachdem ſie einmal in gutem Glauben eine Sache erworben hatten, dieſelbe nach Erkenntniß ihres Irrthums freiwillig wieder zurückerſtatten ſollten). Der Umſtand aber, daß ich einmal im guten Glauben gegangen bin, konnte ein ſpäteres Gehen, welches gegen beſſeres Wiſſen geſchah, durchaus nicht weniger unrechtmäßig oder auch nur entſchuldbarer machen, und das römiſche Recht hätte daher, wenn es überhaupt bona fides gefordert hätte, ſich auch dem nicht entziehen können, dieſelbe für jede ſelbſtändige, von den frühern unabhängige Ausübungshandlung zu fordern, und dieſes Requiſit hätte daher hier eine ähnliche Geſtalt annehmen und eine ähnliche Wirkſamkeit erreichen müſſen, wie das Verbot der Beſitzfehler. Daß aber dennoch in keiner der Stellen, die das letztere erwähnen zu müſſen glauben, von jenem auch nur die leiſeſte Spur angedeutet iſt, macht es im höchſten Grade wahrſcheinlich, daß gar keine bona fides gefordert wurde, ſondern daß das non vi, non clam, non precario uti die einzigſte Qualification iſt, die für den Beſitz hier gefordert wird [1]), und in dieſer Annahme ſtimmen wir, wenn es auch immer manche Diſſentienten gegeben hat, doch mit der Mehrzahl der Schriftſteller und mit der lange allein herrſchenden Meinung überein [m]).

Wie aber ſoll das Recht, zumal in ſo ſpäter Zeit, in der doch ſonſt den Grundſätzen der Billigkeit und der Sittlichkeit ſo vielfach Rechnung getragen wurde, dahin gekommen ſein, eine Servituterſitzung ohne Titel und ohne bona fides zuzulaſſen? Die Härte die aus

---

1) Wie aber in manchen Fällen der animus possidendi gar nicht erwieſen werden kann, wenn der Ausübende im böſen Glauben handelt, haben wir oben § 62 S. 683 ausgeführt, und dadurch wird auch die praktiſche Gefährlichkeit der Behauptung des Textes, auf welche von manchen Seiten ſo nachdrücklich hingewieſen wird, um ein Bedeutendes gemindert.

m) Vergl. die Litteraturnachweiſungen in Glücks Commentar Bd. IX S. 140 und in Vangerows Leitfaden Bd. I S. 871.

dieſer Beſtimmung auf den erſten Anblick hin zu ſprechen ſcheint, mindert ſich weſentlich, wenn man das Verbot der vitia possessionis ſeiner Wirkſamkeit nach näher unterſucht. An körperlichen Sachen erwirbt man einen gewaltſamen oder heimlichen Beſitz, ſobald man die Exiſtenz des früheren Beſitzes nicht reſpectirt und deſſen Inne-haber gegen ſeinen Willen durch eine gewaltſame oder heimliche That oder durch Bedrohung mit einer ſolchen ejicirt[n]). Servituten werden daher auch vi oder clam beſeſſen ſein, ſobald die Ausübung mit einer Verletzung und Nichtachtung eines bereits vorhandenen Beſitzes verbunden iſt, und wer daher gegen beſſeres Wiſſen an einer von einem Andern unbeſchränkt beſeſſenen Sache ohne deſſen Erlaubniß den Quaſibeſitz einer Servitut ergreift, ejicirt dieſen damit gewaltſam oder heimlich aus der ſeither beſeſſenen Freiheit und wird daher noch nicht anfangen zu erſitzen; ſeine Ausübung wird vielmehr erſt dann den vitiöſen Charakter verlieren, wenn der Beſitzer der körper-lichen Sache irgendwie zu erkennen giebt, daß er die Freiheit von der Servitut nicht mehr beſitzen will; das geſchieht z B., wenn bei einem Beſitzwechſel der Beſitzergreifende um der Vorrichtungen willen, die er angebracht ſieht, oder aus ſonſtigen Gründen geglaubt hat, daß ſeine neu erworbene Sache durch eine Servitut beſchränkt werde. Dann erſt verletzt die Ausübung dieſer Servitut nicht mehr einen fremden Beſitz. Um des obigen Grundes willen wird gewöhnlich vor dem Beginn der Ausübung ein auf Servitutbeſtellung gerichtetes Rechtsgeſchäft mit dem Beſitzer der körperlichen Sache abgeſchloſſen werden müſſen, wenn die vitia possessionis von Anfang an ver-mieden werden ſollen, und ſo wird dem Reſultat nach vielfach ein eben ſolcher Vorgang erforderlich ſein, wie er ſonſt als Titel be-zeichnet wird. Aber allerdings iſt dies da nicht nöthig, wo die Sache, an welcher die Servitut angemaßt wird, gänzlich beſitzloß iſt, oder wo wenigſtens die Freiheit von der Servitut nicht beſeſſen wird, und ebenſo braucht der, welcher den Quaſibeſitz erwerben will, in ſo fern nicht im guten Glauben zu ſein, als es nicht nöthig iſt, daß er den, mit welchem er contrahirt, wirklich für den zur Servitutbe-ſtellung Berechtigten hält, ſondern es genügt durchaus, wenn der-

n) L. 1 § 3, § 23, § 29 de. vi 43, 16; l. 11 C. unde vi. 8, 4.

ſelbe nur den Beſitz der körperlichen Sache hat, ſo daß die von ihm unwiederruflich geſtattete Uebung der Servitut keine gewaltſame oder heimliche iſt°). Es kann alſo allerdings noch jemand, der in böſem Glauben übt, erſitzen, aber die Fälle ſind ſelten und der böſe Glauben wird auch nicht ſo zu Tage treten, ſondern durch die Genehmigung des Beſitzers verdeckt werden.

Wie aber kam das Recht dazu, müſſen wir dennoch fragen, dieſe, wenn auch ſeltenen Fälle, zuzulaſſen? Bis Juſtinian ſeine neue außerordentliche Verjährung ſchuf, kannte das römiſche Recht, von den Fällen einer improba usucapio abgeſehen, keine Erſitzung, welche nicht bona fides und iustus titulus forderte und es werden daher dieſe beiden Requiſite als zuſammengehörig und untrennbar von der römiſchen Jurisprudenz aufgefaßt ſein. Die Analogie ſowohl der Uſucapion als der longi temporis praescriptio legte es nahe, beide Requiſite auch für die Servituterſitzung zu fordern; warum es nicht geſchah, können wir mit Sicherheit nicht erkennen, aber höchſt wahrſcheinlich haben die Schwierigkeiten, welche aus der Forderung eines

---

o) Haſſe, der im Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, 2. Jahrg. S. 417 ff. auch darauf aufmerkſam macht, wie die Wirkſamkeit des Verbots der vitia possessionis hier einen ſo viel größern Umfang hat, geht darin zu weit, daß er die Begriffsbeſtimmung der vis und clandestinitas, wie ſie in den Quellen für das interdictum quod vi aut clam gegeben wird, hier angewandt haben will, und deßhalb z. B. eine Servitut ſchon für eine vi oder clam possessa erklärt, wenn ſie ausgeübt wurde, wo Widerſtand des Eigenthümers zu erwarten und dennoch ſeine Einwilligung nicht eingeholt war, mochte dieſe auch immer von dem gegenwärtigen Beſitzer der körperlichen Sache ertheilt ſein. Es iſt bekannt, wie der Begriff der vis und clandestinitas ganz anders beſtimmt wird, rückſichtlich des Interdictums quod vi aut clam, anders rückſichtlich der Interdicte uti possidetis und unde vi; nur die letzteren gehen davon aus, daß der Beſitz gewaltſam oder heimlich ergriffen ſei, das erſtere aber frägt gar nicht darnach, ob Beſitz vorhanden und wie der qualificirt ſei, ſondern iſt von ganz andern Kriterien abhängig, die zufällig auch als vis und clandestinitas bezeichnet werden. Will man daher ermitteln, wann Servituten vi oder clam possessae ſind, ſo darf man nicht die letzteren Begriffe benutzen, ſondern man muß nach Analogie der Vorſchriften verfahren, die feſtſtellen, wann körperliche Sachen vi oder clam possessae ſind, und die uns zunächſt für die genannten Beſitzinterdicte überliefert ſind.

Erſitztitels der Servituterſitzung in einem weit höheren Grade entſtehen mußten, wie ſie der Eigenthumserſitzung daraus geworden ſind, die Erlaſſung dieſes Requiſits veranlaßt, und ein unbefangener Blick auf die Rechtsanwendung wird das eingehaltene Verfahren in ſo weit nur billig erſcheinen laſſen. Wer ein Grundſtück erwirbt, erwirbt auch alle demſelben zuſtehenden Realſervituten, und daher wäre ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeſchäft durchaus zur Erweckung des Glaubens an den Servitutenerwerb, alſo zum Erſitzungstitel, genügend, wenn man auch zugleich die ſichere Ueberzeugung hätte, daß die Servitut wirklich mit dem erworbenen Grundſtück verbunden iſt; doch dieſe Ueberzeugung würde man in der Weiſe, wie ſie der Geiſt der Uſucapionslehre fordert, nicht anders erlangen können, als wenn man ſich zuverläſſige Kenntniß von der Art und Weiſe verſchafft hätte, wie die Servitut entſtanden iſt. Allerdings iſt für die Eigenthumserſitzung genügend, daß man mit dem, welchen man für den Eigenthümer hält, ein geeignetes Geſchäft abgeſchloſſen hat; allein hier ſteht feſt, daß die Sache, die erſeſſen werden ſoll, beſteht, und daß der Auctor wirklich die Herrſchaft über ſie geübt hat. Wo es ſich aber darum handelt, ob mit dem Eigenthum auch Servituten erworben ſind, da iſt die Exiſtenz der Servituten keineswegs dem Auge ſchon wahrnehmbar, — denn ſelbſt die um ihretwillen vorhandenen Vorrichtungen können ja der Ausfluß eines Precariums ſein, — und es müßte daher das Recht, wenn es überhaupt einen Erſitzungstitel forderte, auch an den, welcher erſitzen will, die Forderung ſtellen, daß er ſich von der rechtsbegründeten Exiſtenz der Servituten vollkommen überzeuge[p]) — eine Forderung, die in Zeiten wo die Errichtungsgeſchäfte nicht in ſchriftlichen Urkunden niedergelegt zu werden pflegen, meiſten Theils nur ſehr ſchwer zu erfüllen ſein wird. Ja ſelbſt die Art und Weiſe, wie die Servitut dem Grundſtück erworben iſt, wird oft genug bei häufigem Beſitzwechſel vergeſſen werden, und ſo leicht ſich das Bewußtſein des

p) Dies verkennt durchaus der neueſte Schriftſteller über Servitutenerſitzung, Muther (a. a. O. S. 17 f.), welcher von der Vorausſetzung ausgeht, daß niemand im guten Glauben und doch ohne Titel beſitzen könne, wenn er nicht an groben Verſtandesfehlern leide, wie ſie das Recht nicht ſchützen dürfe.

Erwerbungsaktes für die Eigenthumserſitzung beim Erwerber ſelbſt oder bei ſeinen Erben die dreißig Jahre hindurch erhalten wird, nach deren Ablauf man ſich erſt auf die außerordentliche, keines Titels bedürfende Erſitzung berufen kann, ſo ſchwer wird es oft ſein, zu erfahren, wie und wann das Recht erworben wurde, den Balken in des Nachbars Hauſe zu immittiren u. ſ. w. Würde daher ein Titel gefordert, ſo würde ſehr häufig der, welcher das Recht Jahre lang übte, keinen Schutz gegen die negatoriſche Klage erhalten, und nicht nur der, welcher es bloß übte, ſondern auch — und das dürfen wir bei Beurtheilung der Erſitzungsrequiſite nie vergeſſen — der, welcher das Recht wirklich hatte, aber den wahren Entſtehungsgrund deſſelben nicht mehr zu erweiſen vermochte. Um dies zu vermeiden, ging hier das Recht von der Forderung eines Titels ab, und bei der ſeitherigen engen Verbindung von Titel und bona fides ließ es, wie es ſcheint, auch zugleich die letztere fallen und ſah in dem Verbot des vitiöſen Beſitzes und in den Schwierigkeiten, den Beſitz überhaupt zu erweiſen, einen genügenden Schutz gegen Mißbrauch der Servituterſitzung.

Eine dritte Streitfrage, die ſich an die eben beſprochene anknüpft, dreht ſich darum, ob der Erſitzende den negativen Beweis führen müſſe, daß er nec vi, nec clam, nec precario geübt habe. Es liegt auf der Hand, wie unendlich ſchwer dieſer Beweis wäre, und wie er wohl nie anders geführt werden könnte, als daß über eine ganz allgemein gehaltene Behauptung der Eid zugeſchoben würde, — ein Verfahren, wie es doch das Recht mit allen Mitteln zu vermeiden ſuchen muß — und ferner läßt ſich nicht verkennen, wie eine derartige Beweisregulirung eine durchaus ſinguläre wäre, indem der Satz, daß die Beſitzfehler die Erſitzung ausſchließen, der Servitutenerſitzung mit der Eigenthumserſitzung gemein iſt, und rückſichtlich der letztern doch immer für Abweſenheit der Fehler vermuthet wird, bis ſie vom Gegner erwieſen werden. Nichts deſto weniger will man in einer gewiß unbegründeten Furcht vor einem gefährlichen Mißbrauch der Servitutenerſitzung den Satz aufſtellen daß der Erſitzende die Abweſenheit der Fehler beweiſen müſſe, und beruft ſich dabei auf den Ausſpruch Ulpians in l. 10 si serv. vind. 8, 5, wo es heißt: utilem habet actionem, ut ostendat, per annos tot usum se non vi, non

clam non precario possedisse. Allein, wie so häufig, mag auch hier der Jurist die Scheidung der Klagthatsachen und der Einreden unterlassen haben, und selbst, wenn man das nicht zugestehen will, lassen doch die Worte die Auffassung zu, daß der Kläger seine Ausübung nachweisen und so nachweisen müsse, daß aus dem von ihm Angeführten nicht alsbald die vitia possessionis erhellen. Denn das vi, clam oder precario uti wird nicht alsbald unmittelbar zum Gegenstand des Beweises gemacht werden dürfen, sondern es ist Sache des Richters, aus den von den Parteien beigebrachten Thatsachen auf das Vorhandensein eines Besitzfehlers zu schließen. Solche Thatsachen beizubringen, liegt im Interesse dessen, der die Ersitzung bestreitet, — wenn aber schon der angebliche Ersitzer selbst solche mittheilt und eingesteht, so ist er dessen überhoben. Das nur wird jene l. 10 haben sagen wollen, und um eine abweichende, singuläre Regel aufzustellen, hätte sie gewiß eine präcisere und weniger zweifelhafte Form gewählt.

Als letzte Voraussetzung der Servituterſitzung müssen wir noch anführen, daß dieselbe nicht durch etwa vorhandene Veräußerungsverbote ausgeschlossen sein darf, indem die Entstehung einer Servitut immer mit einer theilweisen Veräußerung der belasteten Sache verbunden ist, und daher auch unter ein allgemeines Veräußerungsverbot fallen muß[q]), und ferner darf die zu belastende Sache auch nicht der longi temporis praescriptio entzogen gewesen sein, indem damit auch unsere Servituterſitzung vermöge ihres Charakters als longi temporis praescriptio ausgeschlossen sein wird. Dagegen wird aber an solchen Sachen die *außerordentliche Verjährung* von 30 und 40 Jahren auch Servituten zu schaffen vermögen, da sonst eine Lücke im Rechte bestünde, welche mit dem sonst überall eingehaltenen System der Verjährung auf das Stärkste contrastirte[r]). Außerdem ist aber für eine außerordentliche Verjährung der Servituten kein Raum mehr, da ja auch die ordentliche keines Titels und selbst keiner bona fides bedarf, das Verbot des vitiösen Besitzes aber auch für die außerordentliche gelten müßte. Die *unvordenk-*

q) L. 28 de V. S. 50, 16; l. 7 C. de reb. alien. non alien. 4, 51.

r) Ueber einzelne entgegenstehende Ansichten siehe *Muther* a. a. O. § 12.

liche Verjährung endlich, die ja ebenfalls eine fehlerloſe Ausübung verlangt, kann nur in jenen Fällen in Frage kommen, wo die ordentliche und außerordentliche Erſitzung eines allgemeinen Veräußerungsverbots wegen außer Anwendung bleibt[s]), und auch hier iſt ſie in einer Reihe von Fällen ihrer Eigenthümlichkeit wegen unanwendbar, indem z. B. am fundus dotalis, an legirten Sachen, an res litigiosae nicht leicht durch Unvordenklichkeit Servituten entſtehen werden. Ihr bleiben ſchließlich nur die res extra commercium, und die die daran entſtehenden Rechte gehören der römiſchen Auffaſſung nach nicht mehr den eigentlichen civilen Servituten an, wie wir früher (im § 30 S. 267) darſtellten, wo wir auch ſchon die unvordenkliche Verjährung in ihrer Anwendung auf dieſe Rechte beſprachen (S. 244)[t]).

Um unſeren ſeitherigen zum Theil in dieſem Paragraphen, zum Theil früher bei Darſtellung der Lehre von der Quaſipoſſeſſion ge-

s) Jahrhunderte lang haben ihr unſere Juriſten eine viel weitere Anwendung zugeſtanden, indem ſie jene Stellen, welche von dem Verbot der älteſten Uſucapion von Servituten, ſo wie die, welche von der Unmöglichkeit eines Servitutenbeſitzes redeten, wie namentlich die l. 14 de serv. 8, 1 des Paulus, nur dadurch mit den andern Stellen, welche die Erſitzung anerkannten, in Uebereinſtimmung bringen zu können vermeinten, daß ſie die letztern nur von den serv. continuae, die erſtern von serv. discontinuae verſtanden. Dieſe Anſicht, die wir durch unſere ſeitherige Darſtellung genügend widerlegt zu haben hoffen, und die auch in der Wiſſenſchaft kaum noch Vertreter findet, hat aber dadurch beſondere Bedeutung erhalten, daß ſie ſich an manchen Orten gewohnheitsrechtlich fixirt hat.

t) Da alſo die serv. aquaeductus durch zehn- oder zwanzig- und höchſtens durch dreißig- oder vierzigjährige Verjährung entſteht (wie z. B. auch l. 10 pr. si serv. vind. 8, 5 anerkennt), ſo wird die l. 3 § 4 de aq. quot. 43, 20 (Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur) ſich nicht auf dieſe serv. aquaeductus beziehen, ſondern, wofür ohnehin auch der Zuſammenhang dieſer Stelle ſpricht, auf das Recht der Privaten, aus der öffentlichen Waſſerleitung Waſſer abzuleiten, und fällt alſo unter die im Text erwähnten Fälle, und gleiches wird von l. 26 de aq. pluv. 39, 3 gelten müſſen, wenn wirklich der Ausdruck vetustas auf die unvordenkliche Zeit geht. Vgl. von Savigny, Syſtem Bd. IV, S. 491 und über letztere Stelle auch A. Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit, Marburg 1843. Thl. I, S. 60.

fundenen Reſultate überſichtlich zuſammen zu faſſen, wollen wir ſchließlich eine Tabelle der Beweisthemata aufſtellen, wie ſie in einem Proceß, wo die Erſitzung beſtritten wird, jedem Theile auferlegt werden können.

Beweisthemata,

für den, welcher die Erſitzung beanſprucht.	für den, welcher ſie beſtreitet.
1) Ich habe den Quaſibeſitz der Servitut innerhalb 10 oder 20 (30 oder 40) Jahre gehabt und zwar	1) Dein Quaſibeſitz ging verloren, beziehungsweiſe iſt nie entſtanden, denn
a) die factiſche Herrſchaft (corpus), indem ich die Servitut beim Beginn der Erſitzungszeit ausübte.	a) * trat ein Verhältniß ein, welches die regelrechte Ausübung innerhalb der Verjährungszeit unmöglich machte.
b) den Willen zu beſitzen (animus) geäußert, indem ich ein auf Serviutterrichtung zielendes Geſchäft abſchloß, oder Vorrichtungen herſtellte, die einen lang andauernden Zuſtand bezweckten, oder die einzelnen Ausübungshandlungen oft wiederholt vornahm.	b) * aus den angeführten Thatſachen kann der Beſitzwillen nicht erhellen, denn das Geſchäft war nicht ernſtlich gemeint, * die Vorrichtung ſtellteſt du in meinem Auftrage und zu meinem Vortheil oder aus ähnlichen Gründen her, * jede der einzelnen Handlungen geſchah um beſonderer exceptioneller Zuſtände, z. B. ſeltener Ueberſchwemmungen willen, * die einzelnen ſelbſtändigen Handlungen geſchahen mala fide, wie aus den und den Umſtänden hervorgeht.
c) * Den Willen zu beſitzen, gab ich nicht auf, denn das auf Aufgabe der Servitut gerichtete Geſchäft war nicht ernſtlich gemeint, * daß ich ſo lange keine Ausübungshandlung vornahm, war Folge der und der Umſtände, die mich an der Uebung der Servitut verhinderten.	c) Du haſt während der Verjährungszeit den Beſitzwillen aufgegeben, da du ein dahin zielendes Geſchäft abſchloſſeſt, du lange Zeit keine Ausübungshandlung vornahmſt.
2) * Die Beſitzfehler ſind vor Beginn der Verjährungszeit gehoben, indem der Beſitzer der körperlichen Sache den Servitutbeſitz irgendwie anerkannte.	2) Dein Beſitz war fehlerhaft, denn du hatteſt ihn von Anfang an nur durch ein Precarium, du hatteſt ohne Beachtung des ſeitherigen Freiheitsbeſitzes dir die Servitut angemaßt, du haſt die einzelnen Ausübungshandlungen heimlich vorgenommen.
3) * Die Veräußerungsunfähigkeit hatte vor der Verjährungszeit aufgehört.	3) Die angeblich dienende Sache war veräußerungsunfähig.

Anm. Der Beweis der mit * bezeichneten Sätze iſt nur nöthig, falls die jedesmal gegenüberſtehenden Sätze erwieſen ſind.

§. 69.

Entstehung der Servituten durch Occupation.

Wie Servituten auch an herrenlosen Sachen vorkommen können, und wie namentlich eine bestehende Servitut nicht durch Derelictiou des Eigenthums an der dienenden Sache aufgehoben werden darf, darauf haben wir schon früher [§ 4 S. 29] hinweisen müssen[a]). Darum aber auch solchen Sachen gegenüber eine Occupation von Servituten zuzulassen, das werden Manche für ungerechtfertigt halten, und vielleicht dagegen anführen, wie der Act der Servitutbestellung immer in der Weise eine Dispositiou über die Sache enthalte, daß daraus eine Anmaßung des Eigenthums hervorleuchte, und wenn daher der Occupant Eigenthum erwerbe, und wäre es auch nur ein

a) Es war unrichtig, wenn wir dort diesen Satz als unbestreitbar hinstellen zu können vermeinten, denn inzwischen ist derselbe von J. E. Kuntze in einer Recension des ersten Hefts dieses Werks (Heidelb. krit. Ztschr. für die gesam. R. W. Bd. II, S. 232) bestritten, und dagegen behauptet, eine Servitut an einer res nullius könne weder überhaupt juristisch construirt werden, noch ließe sich irgend ein praktisches Bedürfniß für dieselbe anführen. Also — ich habe einen Ususfruct an einem Pferde, welches sich noch in dem Gewahrsam seines Eigenthümers befindet; dieser, den ja kein Rechtsgrund abhält, derelinquirt sein Eigenthum und macht dadurch sein Pferd zur res nullius, bis ein Dritter, vielleicht ein guter Freund, der sich (nicht ganz zufällig) in der Nähe befindet, dasselbe wieder occupirt hat, und gegen ihn tritt nun der Usufructuar mit seiner confessorischen Klage auf Anerkennung seines Ususfructs auf. Herr Dr. Kuntze wird ihn zurückweisen, denn das Pferd war in einem Moment res nullius und damit muß der Ususfruct erloschen sein, weil eine Servitut an einer res nullius nicht civilistisch construirt werden kann. Aehnliche Fälle und auch solche, wo keinerlei Arglist mit wirkt, lassen sich noch zahlreich denken und werden genügendes Zeugniß dafür ablegen, daß das dringendste praktische Bedürfniß und, was eben so wichtig ist, die den Servituten, als dinglichen Rechten, zu Grunde liegende Rechtsidee fordert, daß Servituten auch an res nullius fortdauern müssen. Daß wir Civilisten nun auch im Stande sind, dies in der Construction unsers Begriffes zu berücksichtigen und nicht jenes unpraktische Ding als Servitut hinstellen, welches jeder Eigenthümer der dienenden Sache durch Derelictiou vernichten kann, das wird das praktische Leben mit Recht von uns fordern und, wenn wir es nicht vermögen, uns und unsere Weisheit mit Recht als unpraktisch verwerfen.

vorübergehendes, so könne er nicht zu eigenen Gunsten eine Servitut an eigener Sache bestellen, und folglich wäre jener Occupationsakt, so weit darin eine Servituterrichtung liegen solle, durchaus wirkungslos. Es liegt auf der Hand, wie leicht jemand dennoch, wenn er einmal den bestimmten Willen hätte, nur eine Servitut an einer herrenlosen Sache, nicht auch das Eigenthum zu erwerben, meisten Theils diesen Zweck erreichen könnte, — er brauchte nur durch einen Dritten den Eigenthumserwerb vornehmen und sich dann von diesem die Servitut bestellen zu lassen, worauf es dem Dritten unbenommen wäre, sein Eigenthum wieder zu derelinquiren, und nur für die Errichtung von Servituten am Meer oder Meeresufer wäre das ein etwas umständliches Verfahren, weil der Dritte, um dem Recht und seiner Unbeholfenheit genug zu thun, ein Bauwerk aufführen müßte, wie es ihm erst das Eigenthum zu verschaffen vermag. Allein die obige Argumentation wäre auch durchaus unrichtig; denn durch Occupation wird niemals Eigenthum erworben, wenn nicht der bestimmte Wille vorhanden ist, solches zu erwerben, und ohne diesen kann die Vornahme einzelner Nutzungshandlungen oder Veränderungen, und wenn sie die Sache noch so sehr umgestalten, kein Eigenthum erzeugen, sondern sie erscheinen nur als Ausflüsse der jedem zustehenden Befugniß, nach Belieben über die Sache zu verfügen. Das muß daher auch von der Servitutbestellung gelten und auch diese würde in solchem Falle nur eine Folge dieser allgemeinen Dispositionsbefugniß sein. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß die Occupation von Servituten, wenn sie auch rechtlich konstruirbar ist, nun auch beanspruchen darf, als ein alle Zeit praktisch anwendbares Rechtsinstitut anerkannt zu werden, und dieser Beweis läßt sich allerdings auch unmittelbar mit Gesetzesstellen nicht erbringen; wohl aber spricht dafür der Entwickelungsgang, den die Lehre von der Entstehung und vom Besitz der Servituten im spätern römischen Rechte genommen hat. Wir beobachteten bereits, wie die klassische Jurisprudenz immer mehr dahin kam, das Institut des Besitzes von den körperlichen Sachen analog auf die Servituten zu übertragen, wie uns bei Ulpian bereits eine völlige Uebereinstimmung von Possessio und Quasi-Possessio entgegentritt und demgemäß die wichtigsten Wirkungen der erstern auch der letztern zugeschrieben werden. Nachdem man in Verfolg dieses

Strebens ſich nicht abhalten ließ, die Erſitzung von Servituten anzuerkennen, und damit zugeſtanden hat, daß auch Servituten denkbar ſind, die ſich nicht mehr als Ausflüſſe des Eigenthums darſtellen, ſondern nur in der Thätigkeit des Servitutberechtigten ihren Rechtsgrund ſuchen, iſt es nun durchaus nicht mehr eine eigenmächtige Willkürlichkeit, wenn man auch die Lehre von der Occupation auf die Servituten überträgt und an den Beſitz von Servituten an herrenloſen Sachen den Erwerb jener Servituten knüpft, ſondern dieſer Satz ſtellt ſich nur als eine Conſequenz jenes Triebes heraus, den wir in den Quellen ſo deutlich erkennen können, und deſſen plötzliches Aufhören und Abbrechen wir nicht annehmen dürfen, auch wenn er uns nicht für jede einzelne Ader des Syſtems ausdrücklich bezeugt wird.

Man will freilich die Anwendbarkeit dieſer Analogie dadurch angreifen, daß man das Bedürfniß für eine Servitutenoccupation leugnet und deßhalb in dieſer eine überflüſſige oder gar ſchädliche Rechtsbildung ſieht, indem man da, wo ſich die Möglichkeit des Eigenthums darbiete, nicht zu der künſtlichen Geſtalt einer partiellen Herrſchaft greifen müſſe[b]). Solche Behauptungen wird man nur mit Beiſpielen widerlegen können, und müſſen wir deßhalb wieder an den mehrfach berührten Fall erinnern, wo jemand von ſeinem am Meer oder Meeresufer gelegenen Hauſe aus einen Balkon oder auch nur einen Dachvorſprung in den über dem Meer oder Meeresufer gelegenen Luftraum hineinragen läßt; Eigenthum hat er damit nicht an dem betreffenden Stück des Meeres erworben, da der Balkon oder Dachvorſprung kein Gebäude iſt, welches dieſes Stück ganz der Herrſchaft der Wellen entzieht, wie das doch die Vorausſetzung des Eigenthumserwerbes iſt[c]), und demgemäß wird er auch niemandem unterſagen können unter dem Balkon oder Dachvorſprung herzugehen oder zu ſchiffen; aber dennoch widerſpräche es allen Grundſätzen der Billigkeit, und wie geſagt, es wäre eine Disharmonie gegenüber dem ſonſtigen Servitutenrecht, wenn dieſer Balkon oder Dachvorſprung nicht geſchützt würde, und das Recht auf denſelben dem gegenüber

b) Kuntze a. a. O.

c) L. 14 de acq. rer. dom. 41, 1.

nicht behauptet werden könnte, der ſpäter den Boden darunter durch Bauten occupiren ſollte. Das iſt aber nicht der einzig mögliche Fall, in dem unſere Frage von Wichtigkeit iſt, ſondern ſchon im § 51 S. 467 wieſen wir auf einen andern hin, der häufiger vorkommen wird. Es verliert nämlich, wie wir dort ſehen, der Uſufructuar ſeinen Uſusfruct, wenn er die Sache in ihre Beſtandtheile auflößt, ſo daß die zum Uſusfruct gegebene Species nicht mehr vorhanden iſt, ſondern ſtatt deſſen andere Sachen einer andern Art. Fügt er nun aus den Materialien wieder eine der frühern völlig gleiche Sache zuſammen, und nimmt damit eine Specification der Materialien vor, ſo erwirbt er damit, falls er nicht einen Diebſtahl begehen will, die neue Sache dem Eigenthümer, welchem er vermöge der uſufructuariſchen Caution zur Bewahrung der Materialien verpflichtet iſt; allein er wird meiſten Theils dieſen Erwerb nur unter der Vorausſetzung und mit dem Willen machen, daß er ſeiner Seits an dieſer neuen Sache auch wieder, wie an der frühern, den Uſusfruct haben wird, und deßhalb occupirt er unſers Erachtens durch die Specification den Uſusfruct im eigenen Namen, die nuda proprietas im fremden, und auch dies wird nur der Billigkeit entſprechen und ſchon um ſo zweckmäßiger ſein, als der Eigenthümer von der Zerlegung und Wiederzuſammenfügung ſeiner in der Detention des Uſufructuars befindlichen Sache gar nicht immer ſichere Kenntniß erhalten kann, und daher oft nicht wiſſen würde, ob der Uſusfruct noch mit Recht fortdauere oder nicht, was zu vielen Streitigkeiten Veranlaſſung werden kann. Endlich iſt aber auch da, wo noch weite Strecken Landes herrenlos daliegen, (und wenn es bei uns, wo das wüſte Land als Staats- oder Communalland zu gelten pflegt, auch nicht vorkommt, ſo müſſen wir doch, zumal wenn wir dem Römiſchen Recht den Charakter eines Weltrechts zu vindiciren belieben, einen ſolchen Fall als möglich anerkennen), für die Occupation von Servituten ein günſtiger Boden, indem es ſchon aus volkswirthſchaftlichen Gründen von Nutzen iſt, daß der Einzelne nur das an Grund und Boden zu Eigenthum occupire, was er auch wirklich bebauen und benutzen kann, und er nicht, wenn er ſich bloß eine einzelne Befugniß an dem übrigen Theil der Fläche wahren will, dieſe ganz zu einem nutzloſen und Andere in der Bebauung ſtörenden Eigen-

thum erwerben muß, weil er ſich jene einzelne Befugniß ſonſt nicht ſichern kann. Es ſind alſo unſers Erachtens Fälle genug vorhanden, in denen ſich die Servitutenoccupation als ein brauchbares und nützliches Inſtitut empfiehlt, und deßhalb werden wir auch die Zuläſſigkeit derſelben auf Grund der Analogie der Eigenthumsoccupation behaupten dürfen.

Die Erforderniſſe derſelben ſind nur, daß die zu belaſtende Sache herrenlos iſt, und daß der Beſitz der Servitut in Gemäßheit der früher gegebenen Regeln ergriffen iſt. Nur für die Servituten am Meer oder Meeresufer wird auch zu fordern ſein, daß ſich die partielle Herrſchaft in einer dauernden baulichen Vorrichtung ausprägt, wie ja auch das Eigenthum daran nur erworben wird, wenn das betreffende Stück dem Meer durch ein förmliches Gebäude abgewonnen iſt. Davon abgeſehen wird der Erwerb des Servitutenbeſitzes herrenloſen Sachen gegenüber oft nur ſchwer bewieſen werden können, weil ſich hier nicht ſicher wird unterſcheiden laſſen, ob die einzelnen Ausübungshandlungen Ausflüſſe einer Servitut oder der allgemeinen, bei einer ſolchen Sache jedem zuſtehenden Dispoſitionsbefugniß ſein ſoll, und daher der Beſitzwillen ſich oft nicht unzweifelhaft geäußert haben wird. Auf dieſen wird man nur da ſchließen können, wo dauernde bauliche Vorrichtungen beweiſen, daß man die Befugniß auch zu üben gedenkt, wenn die Sache nicht mehr res nullius iſt, oder da, wo dieſe Befugniß die nothwendige Vorausſetzung für jede oder doch für eine erſprießliche Benutzung einer andern Sache iſt, an welcher der Occupant ein dauerndes Recht üben will, und man alſo aus dem letztern Umſtande auch auf den Willen, auf jene Befugniß ein dauerndes Recht zu erwerben, wird ſchließen können. Hierher gehört es z. B. wenn jemand von einer großen herrenloſen Fläche einen Theil occupirt, zu dem er nur über andere, zur Zeit herrenloß bleibenden Theile gelangen kann; daß er ſich dann an dieſen eine Servitut ſchaffen will, wird unzweifelhaft ſein.

Die Occupation der Servituten, deren Beſitz zugleich mit einer Detention der belaſteten körperlichen Sache verbunden iſt, wie namentlich des Uſusfructs, bedarf derſelben factiſchen Ergreifung und Unterwerfung der Sache unter den Willen des Occupanten, wie die Occupation des Eigenthums, und man wird deßhalb vielleicht

geneigt ſein, erſtere als unmöglich zu verwerfen, da ſie ſich nicht von der letztern ſcheiden laße, und man ſonſt nicht erkennen könne, ob jemand das Eigenthum oder den Uſusfruct occupiren wolle. Allein wenn wir auch zugeſtehen müſſen, daß, um ein gegen uns gebrauchtes Beiſpiel anzuführen, man nicht ein Pferd in der Wildniß einfangen kann, um daran nur einen Uſusfruct zu haben, ſo liegt doch der Grund davon nur darin, daß es ein weſentliches Element des Uſusfructs iſt, daß ſeine Ausübung, alſo die Benutzung der Vortheile des Eigenthums, wozu er ja ermächtigt, durch das Recht eines Eigenthümers oder doch durch den Glauben des Uſufructuars, daß ein Eigenthum an der Sache beſtehe, ſeiner Dauer und ſeinem Inhalt nach beſchränkt ſein muß, widrigenfalls der Uſusfruct zum Eigenthum wird. Es iſt daher Occupation deſſelben an einer herrenloſen Sache nur möglich, wenn gleichzeitig auch ein Eigenthum an derſelben Sache entſteht, oder der Occupant wenigſtens glaubt, daß es entſtehe, und das kann natürlich nur in der Weiſe geſchehen, daß wenigſtens eine der beiden Occupationen, entweder die des Eigenthums, oder die des Uſusfructs durch Stellvertretung vor ſich geht. Deßhalb kann ich auch am wilden Pferde einen Uſusfruct occupiren, wenn ich gleichzeitig für einen Dritten als deſſen Mandatar das Eigenthum erwerbe, und in dieſer Weiſe machten wir denn auch ſchon oben für eine durch den Uſufructuar vorgenommene Specification hiervon Gebrauch.

Strebens ſich nicht abhalten ließ, die Erſitzung von Servituten anzuerkennen, und damit zugeſtanden hat, daß auch Servituten denkbar ſind, die ſich nicht mehr als Ausflüſſe des Eigenthums darſtellen, ſondern nur in der Thätigkeit des Servitutberechtigten ihren Rechtsgrund ſuchen, iſt es nun durchaus nicht mehr eine eigenmächtige Willkürlichkeit, wenn man auch die Lehre von der Occupation auf die Servituten überträgt und an den Beſitz von Servituten an herrenloſen Sachen den Erwerb jener Servituten knüpft, ſondern dieſer Satz ſtellt ſich nur als eine Conſequenz jenes Triebes heraus, den wir in den Quellen ſo deutlich erkennen können, und deſſen plötzliches Aufhören und Abbrechen wir nicht annehmen dürfen, auch wenn er uns nicht für jede einzelne Ader des Syſtems ausdrücklich bezeugt wird.

Man will freilich die Anwendbarkeit dieſer Analogie dadurch angreifen, daß man das Bedürfniß für eine Servitutenoccupation leugnet und deßhalb in dieſer eine überflüſſige oder gar ſchädliche Rechtsbildung ſieht, indem man da, wo ſich die Möglichkeit des Eigenthums darbiete, nicht zu der künſtlichen Geſtalt einer partiellen Herrſchaft greifen müſſe[b]). Solche Behauptungen wird man nur mit Beiſpielen widerlegen können, und müſſen wir deßhalb wieder an den mehrfach berührten Fall erinnern, wo jemand von ſeinem am Meer oder Meeresufer gelegenen Hauſe aus einen Balkon oder auch nur einen Dachvorſprung in den über dem Meer oder Meeresufer gelegenen Luftraum hineinragen läßt; Eigenthum hat er damit nicht an dem betreffenden Stück des Meeres erworben, da der Balkon oder Dachvorſprung kein Gebäude iſt, welches dieſes Stück ganz der Herrſchaft der Wellen entzieht, wie das doch die Vorausſetzung des Eigenthumserwerbes iſt[c]), und demgemäß wird er auch niemandem unterſagen können unter dem Balkon oder Dachvorſprung herzugehen oder zu ſchiffen; aber dennoch widerſpräche es allen Grundſätzen der Billigkeit, und wie geſagt, es wäre eine Disharmonie gegenüber dem ſonſtigen Servitutenrecht, wenn dieſer Balkon oder Dachvorſprung nicht geſchützt würde, und das Recht auf denſelben dem gegenüber

b) Kuntze a. a. O.

c) L. 14 de acq. rer. dom. 41, 1.

für die Servituten das Postliminium[b])], oder ein öffentlicher Fluß sein Bett dauernd darüber nimmt[c]), oder wenn der Regent oder die Regentin die dienende Sache verschenkt, ohne die Servitut vorzubehalten[d]).

Geht die belastete Sache nun zu einem Theile unter, so wird es sich analog verhalten, wie wenn die dienende Sache durch theilweise Veräußerung Seitens ihres Eigenthümers in zwei Theile gespalten wäre, und die Frage entstünde, wie weit die Servitut auf jedem Theile ruht. Wir werden daher hierauf bei Besprechung jener für einen Anhang vorbehaltenen Frage zurückkommen können.

Die bloße Umgestaltung der belasteten Sache vermag die Realservituten nicht aufzuheben, und haben sie z. B. auch für ihre Ausübung zur nothwendigen Voraussetzung, daß sich ein Gebäude auf dem dienenden Grundstück befindet, so erlöschen sie dadurch doch nicht, daß das ursprünglich dort befindliche Haus niedergerissen wird, sondern

---

b) L. 26 quibus mod. usufr. am. 7, 4.

c) L. 24 pr. § 1 daselbst. Javolen hat darnach im dritten Buch ex posterioribus Labeonis den obigen Grundsatz mit Berufung auf Labeo zunächst für den Ususfruct und mit dem ausdrücklichen Zusatz: neque in pristinum statum restitui posse aufgestellt, dann auch im § 1 gesagt, nach Labeos und nach seiner Ansicht gelte dasselbe bei der serv. itineris und actus. Nach l. 14 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 hat dagegen eben derselbe Javolen im 10ten Buch ex Cassio für alle Arten von Wegeservituten gesagt, daß, wenn das dienende Grundstück vom Flusse occupirt sei, und vor Ablauf der Verjährungszeit wieder anschwemme (alluvione restitutus est), so werde auch die Servitut wieder hergestellt. Nach Ablauf der Verjährungszeit könne der Eigenthümer noch zur Wiedererrichtung der Servitut gezwungen werden. Es ist schwer diese beiden Stellen zu vereinigen; doch wird nichts übrig bleiben, als die letztere, die sonst nicht bloß der ersteren, sonderen auch der Consequenz und Rechtseinheit widersprechen würde, von einem Fall zu verstehen, wo das Grundstück bloß überschwemmt war, so daß der Ausdruck alluvio hier nicht in der technischen Bedeutung, wonach er neues Eigenthum zu schaffen vermag, gebraucht sein kann.

d) Hierher gehört auch, daß der Ususfruct erlöscht, wenn die Sache eine Specification erleidet, nur daß dann, wenn der Usufructuar diesen Act vornimmt, er sich alsbald einen neuen Ususfruct occupiren kann. Vgl. § 51 S. 467. § 69 S. 755.

ſie bleiben an dem Bauplatze kleben[e]). Ganz anders verhält es ſich dagegen beim Uſusfruct, indem für ihn conſequent der Grundſatz eingehalten wurde, daß er erlöſcht, ſobald ſich die belaſtete Sache, ſei es durch Zufall, ſei es durch die Thätigkeit ihres Eigenthümers, eines Dritten oder auch des Uſufructuars ſo umgeſtaltet hat, daß ſie nach den Anſichten des Verkehrs zu einer andern Sache, die einer andern Gattung angehört, geworden iſt. Dieſe ſtrengere Auffaſſung („strictius interpretetur“ ſagt Paulus hiervon in der l. 20 § 2 de S. P. U.) erklärt ſich nicht allein aus der Ungunſt, die Anfangs dem Uſusfruct zu Theil geworden zu ſein ſcheint, und die möglichſt auf Beſchränkung der einzelnen Anwendungsfälle hinarbeitete (vgl. § 12 S. 113), ſondern ſie correſpondirt auch mit den ſonſtigen, über den Umfang des Uſusfructs aufgeſtellten Regeln. Der Uſufructuar ſoll die regelmäßigen Vortheile des Eigenthums ausüben, erhält aber als Früchte, wie wir § 52 S. 480 ſahen, nur die Gegenſtände, welche von der uſufructuariſchen Sache nicht in einzeln unerwarteten Fällen, ſondern in ordnungsmäßiger Wiederholung und in der dem Zweck dieſer Sache entſprechenden Weiſe producirt werden. Deßhalb wird z. B. in dem Uſusfruct eines Sees nach dem Willen der Conſtituenten nur die Befugniß zu ſchiffen, zu fiſchen und zu derartigen Handlungen enthalten ſein, — daß dagegen vermöge dieſes Uſusfructs auch Ackerbau getrieben werde, wird der Regel nach, wenn nicht beſondere Umſtände auf eine andere Anſicht hindeuteten, nicht von vorne herein in Ausſicht genommen ſein, und der Uſufructuar wird nicht behaupten können, daß er kraft des Willens der Conſtituenten Korn einernte u. ſ. w. Wenn er daher nach der gänzlichen Veränderung einer Sache zu allen jetzt möglichen Benutzungsweiſen nicht mehr autoriſirt iſt, ſo iſt auch kein Grund da, um ihm die Detention noch länger zu gewähren, und das uſufructuariſche Recht iſt demnach in allen ſeinen Conſequenzen unwirkſam und alſo gänzlich erloſchen. Iſt es aber einmal erloſchen, ſo kann es nicht ſchon durch eine neue Veränderung der früher belaſteten Sache wiederhergeſtellt werden, ſondern bleibt erloſchen, wenn z. B. auch der Acker wieder ein eben ſolcher See wird, wie er zur Zeit der Uſusfruct-

e) Arg. leg. 22 und 23 de S. P. U. 8, 2.

beſtellung war. Da aber, wo die Umgeſtaltung von vorne herein nur einen vorübergehenden Charakter hatte, ſo daß man vorausſehen konnte, die Sache werde ſpäter, und zwar ohne daß es eines ungerechtfertigten Eingreifens des Uſufructuars in die Subſtanz der neuen Sache bedürfe, durch deren Natur oder durch die regelmäßige Thätigkeit des Uſufructuars in den alten Zuſtand verſetzt werden und dann in ordnungsmäßiger Weiſe wieder benutzt werden können, da wird der Uſusfruct nicht untergehen dürfen, wenn gleich einſtweilen mitunter keine Nutzung daraus gezogen werden kann.

Indem ſich nun der römiſchen Jurisprudenz in dieſer Weiſe der Gedanke aufdrängte, daß gewiſſe weſentliche Umgeſtaltungen der uſufructuariſchen Sache den Uſusfruct aufheben müßten, ſah ſie ſich die Aufgabe geſtellt, die Grenzen zwiſchen ſolchen weſentlichen, den Uſusfruct vernichtenden Veränderungen und den unweſentlichen feſtzuſetzen, und dieſer Aufgabe entledigte ſie ſich wieder in der Weiſe, daß ſie nicht ſowohl die ſtrenge logiſche Conſequenz, ſondern mehr die Auffaſſungen des Verkehrs und des täglichen Lebens entſcheiden ließ, und daher z. B. ein großes Gewicht darauf gelegt zu haben ſcheint, ob die fragliche Veränderung dahin geführt hat, daß die Sache jetzt mit einem ganz andern Namen bezeichnet wird, oder ob derſelbe Name noch nachher üblich iſt. Ausdrückliche Entſcheidungen ſind freilich für den Fall, daß die Veränderung während der Dauer des Uſusfructs vor ſich geht, nicht viele vorhanden, ſondern die meiſten der hierfür gewöhnlich citirten Stellen, namentlich l. 10 bis l. 12 quib. mod. usufr. am. 7, 4, handeln von der Frage, wann das Legat eines Uſusfructs durch die zu Lebzeiten des Teſtators vorgekommene Veränderung der dem Uſusfruct nach legirten Sache aufgehoben werde. Wir mußten die Beweiskraft dieſer Stellen leugnen (§ 51 S. 468), als wir die Frage behandelten, ob der Uſufructuar ſich bei einer Specification den Uſusfruct erhalten könne, da ſie ja ſtets vorausſetzten, daß der Teſtator die Sache noch ſelbſt in Händen hatte und alſo die dort beſprochenen Specificationen nicht durch einen Uſufructuar geſchehen ſein konnte. Davon aber abgeſehen, werden wir die erwähnten Entſcheidungen auch für unſere Frage benutzen können, da es ja auch hier nur auf die Erforſchung des wahrſcheinlichen Willens der Conſtituenten ankommt, und wenn dieſer dem

Uſufructuar nur grade die Nutzungen der Sache, welche bei der jetzigen Geſtalt derſelben üblich ſind, gewähren und die andern unterſagen wollte, ſo iſt es gleichgültig, ob die Aenderung der Sache vor oder nach ſeinem Tode geſchieht; iſt ſie in ſeinen Augen eine weſentliche, ſo wird ſie im letztern Falle eben ſo wie im erſteren den Uſusfruct aufheben müſſen. Deßhalb heben denn auch die hiervon handelnden Stellen es mitunter gar nicht recht ſcharf hervor, ob die Veränderung vor oder nach dem Tode des Teſtator geſchehen iſt [f]), und wo ſich dies mit Sicherheit erkennen läßt, da correſpondiren die Entſcheidungen für beide Fälle durchaus mit einander [g]).

Darnach muß ein Uſusfruct an einem Hauſe erlöſchen, wenn das Haus abbrennt oder abgebrochen wird, und ohne daß er an dem etwa auf derſelben Stelle wieder aufgebauten Hauſe wieder auflebt [h]). Doch gilt dies nur dann, wenn grade das Haus Gegenſtand des Uſusfructs iſt, nicht auch, wenn dieſer an einem größern Gute haftet, und auf demſelben das Wohnhaus niedergeriſſen wird, oder wenn der Uſusfruct am ganzen Vermögen beſtellt iſt; auch die Bauſtelle verbleibt in ſolchem Falle im Uſusfruct [i]). Da aber, wo an einem leeren Platz, an einer area der Uſusfruct haftet, ſoll derſelbe dadurch, daß ein Haus darauf gebaut wird, noch nicht alsbald gänzlich untergehen, ſondern, da er ja zum Bewohnen des neu erbauten Hauſes nicht ermächtigen kann, einſtweilen nur ſuſpendirt ſein, und erſt nach Ablauf der Verjährungszeit geht er gänzlich unter [k]). Denn dieſe Veränderung iſt keine ſo definitive, daß ſie nicht wieder rückgängig gemacht werden könnte; das Haus kann abbrennen oder einſtürzen, und die area iſt wieder unverändert da, während das einmal abgebrannte Haus nie wieder von ſelbſt erſteht, und, wenn

---

f) Vgl. z. B. l. 31 quib. mod. usufr.

g) Vgl. l. 36 pr. und l. 71 de usufr. 7, 1.

h) L. 36 pr. de usufr. 7, 1; l. 5 § 2, l. 10 § 1 quib. mod. usufr. Eine bloße Reparatur des alten Hauſes hat dieſe Wirkung nicht, auch wenn dadurch ſucceſſiv eine völlige Erneuerung herbeigeführt wird; vgl. l. 10 § 1 daſelbſt.

i) L. 34 § 2 de usufr., l. 8 und l. 9 quib. mod. usufr.

k) L. 36 pr. und l. 71 de usufr. 7, 1.

auch das neue noch so treu nach dem Vorbilde des früheren gebaut wird, in der Ansicht des Verkehrs ist es doch immer ein neues, und nie das alte. Gleichwohl ist es aber auch nicht so aufzufassen, als ob durch die Aufführung des Hauses der ordnungsmäßigen Benutzung der area nur ein Hinderniß bereitet sei, so daß das Recht des Usufructuars ungeschmälert fortbestehe und nur aus factischen Gründen nicht ausgeübt werden könne. Denn verhielte es sich also, so müßte dem Usufructuar die Befugniß zugestanden werden, dieses Hinderniß wie andere Hindernisse ohne Rücksicht auf das Interesse des Eigenthümers mit eigenen Kräften zu entfernen, und daher seine confessorische Klage gegen jeden zu brauchen, der ihn hindern wollte, das Haus niederzureißen und die area wieder herzustellen. Diese Befugniß wird ihm aber in den Quellen nicht zugestanden; es wird gradezu gesagt, sein Ususfruct werde erst nach Niederreißung des Hauses wieder hergestellt, so daß er also bis dahin nicht bestanden hat[l]), er habe gegen den Eigenthümer, der das Haus aufführte, eine actio de dolo die bekanntlich sehr subsidiär ist und nicht zugelassen wäre, wenn er noch die confessorische Klage hätte.

Weiter wird in den Quellen entschieden, daß der Ususfruct an einem Acker zu Grunde geht, sobald dieser nicht bloß vorübergehend überschwemmt, sondern dauernd in einen See oder in einen Sumpf verwandt wird, und umgekehrt der Ususfruct an einem See, wenn dieser zu Ackerland geworden ist[m]). Der Ususfruct an einer silva caedua endet, wenn der Wald ausgerodet und eine andere Benutzung des Grund und Bodens eingetreten ist[n]). Ist dagegen

---

l) L. 71 de usufr. — restitui usumfructum, veteres responderunt. Deßhalb ist auch zwischen den citirten Stellen und der l. 5 § 3 quib. mod. usufr. kein Widerspruch; denn wenn darin Ulpian sagt, daß durch das Aufbauen des Hauses der Ususfruct untergehe (rem mutari et usumfructum extingui constat), so hat er nur den nächsten und den regelmäßig auch alleinigen Erfolg im Auge, ohne darum das Wiederaufleben des Ususfructs zu leugnen, falls seltener Weise vor Ablauf der Verjährungszeit die area hergestellt würde.

m) L. 10 § 3, l. 24 pr. quib. mod. usufr.

n) L. 10 § 4 daselbst. Wären die Bäume bloß abgehauen, und könnte

Usufructuar nur grade die Nutzungen der Sache, welche bei der jetzigen Gestalt derselben üblich sind, gewähren und die andern untersagen wollte, so ist es gleichgültig, ob die Aenderung der Sache vor oder nach seinem Tode geschieht; ist sie in seinen Augen eine wesentliche, so wird sie im letztern Falle eben so wie im ersteren den Ususfruct aufheben müssen. Deßhalb heben denn auch die hiervon handelnden Stellen es mitunter gar nicht recht scharf hervor, ob die Veränderung vor oder nach dem Tode des Testator geschehen ist[f]), und wo sich dies mit Sicherheit erkennen läßt, da correspondiren die Entscheidungen für beide Fälle durchaus mit einander[g]).

Darnach muß ein Ususfruct an einem Hause erlöschen, wenn das Haus abbrennt oder abgebrochen wird, und ohne daß er an dem etwa auf derselben Stelle wieder aufgebauten Hause wieder auflebt[h]). Doch gilt dies nur dann, wenn grade das Haus Gegenstand des Ususfructs ist, nicht auch, wenn dieser an einem größern Gute haftet, und auf demselben das Wohnhaus niedergerissen wird, oder wenn der Ususfruct am ganzen Vermögen bestellt ist; auch die Baustelle verbleibt in solchem Falle im Ususfruct[i]). Da aber, wo an einem leeren Platz, an einer area der Ususfruct haftet, soll derselbe dadurch, daß ein Haus darauf gebaut wird, noch nicht alsbald gänzlich untergehen, sondern, da er ja zum Bewohnen des neu erbauten Hauses nicht ermächtigen kann, einstweilen nur suspendirt sein, und erst nach Ablauf der Verjährungszeit geht er gänzlich unter[k]). Denn diese Veränderung ist keine so definitive, daß sie nicht wieder rückgängig gemacht werden könnte; das Haus kann abbrennen oder einstürzen, und die area ist wieder unverändert da, während das einmal abgebrannte Haus nie wieder von selbst ersteht, und, wenn

---

f) Vgl. z. B. l. 31 quib. mod. usufr.

g) Vgl. l. 36 pr. und l. 71 de usufr. 7, 1.

h) L. 36 pr. de usufr. 7, 1; l. 5 § 2, l. 10 § 1 quib. mod. usufr. Eine bloße Reparatur des alten Hauses hat diese Wirkung nicht, auch wenn dadurch successiv eine völlige Erneuerung herbeigeführt wird; vgl. l. 10 § 1 daselbst.

i) L. 34 § 2 de usufr., l. 8 und l. 9 quib. mod. usufr.

k) L. 36 pr. und l. 71 de usufr. 7, 1.

auch das neue noch ſo treu nach dem Vorbilde des früheren gebaut wird, in der Anſicht des Verkehrs iſt es doch immer ein neues, und nie das alte. Gleichwohl iſt es aber auch nicht ſo aufzufaſſen, als ob durch die Aufführung des Hauſes der ordnungsmäßigen Benutzung der area nur ein Hinderniß bereitet ſei, ſo daß das Recht des Uſufructuars ungeſchmälert fortbeſtehe und nur aus factiſchen Gründen nicht ausgeübt werden könne. Denn verhielte es ſich alſo, ſo müßte dem Uſufructuar die Befugniß zugeſtanden werden, dieſes Hinderniß wie andere Hinderniſſe ohne Rückſicht auf das Intereſſe des Eigenthümers mit eigenen Kräften zu entfernen, und daher ſeine confeſſoriſche Klage gegen jeden zu brauchen, der ihn hindern wollte, das Haus niederzureißen und die area wieder herzuſtellen. Dieſe Befugniß wird ihm aber in den Quellen nicht zugeſtanden; es wird gradezu geſagt, ſein Uſusfruct werde erſt nach Niederreißung des Hauſes wieder hergeſtellt, ſo daß er alſo bis dahin nicht beſtanden hat[l]), er habe gegen den Eigenthümer, der das Haus aufführte, eine actio de dolo die bekanntlich ſehr ſubſidiär iſt und nicht zugelaſſen wäre, wenn er noch die confeſſoriſche Klage hätte.

Weiter wird in den Quellen entſchieden, daß der Uſusfruct an einem Acker zu Grunde geht, ſobald dieſer nicht bloß vorübergehend überſchwemmt, ſondern dauernd in einen See oder in einen Sumpf verwandt wird, und umgekehrt der Uſusfruct an einem See, wenn dieſer zu Ackerland geworden iſt[m]). Der Uſusfruct an einer silva caedua endet, wenn der Wald ausgerodet und eine andere Benutzung des Grund und Bodens eingetreten iſt[n]). Iſt dagegen

---

l) L. 71 de usufr. — restitui usumfructum, veteres responderunt. Deßhalb iſt auch zwiſchen den citirten Stellen und der l. 5 § 3 quib. mod. usufr. kein Widerſpruch; denn wenn darin Ulpian ſagt, daß durch das Aufbauen des Hauſes der Uſusfruct untergehe (rem mutari et usumfructum extingui constat), ſo hat er nur den nächſten und den regelmäßig auch alleinigen Erfolg im Auge, ohne darum das Wiederaufleben des Uſusfructs zu leugnen, falls ſeltener Weiſe vor Ablauf der Verjährungszeit die area hergeſtellt würde.

m) L. 10 § 3, l. 24 pr. quib. mod. usufr.

n) L. 10 § 4 daſelbſt. Wären die Bäume bloß abgehauen, und könnte

ein Ususfruct an einem Felde (arvus) beſtellt, ſo erlöſcht er nicht dadurch, daß Weinreben auf demſelben gepflanzt werden[o]), indem das in den Verkehrsanſichten noch nicht genügt, um die Sache zu einer ganz andern zu machen. Der Ususfruct an einem Bade oder an einem Laden endet mit der Verwandlung des Bades oder des Ladens in eine Wohnung[p]), der an einem Schiff, ſobald daſſelbe aus einander genommen wird, der an einem Viergeſpann, wenn eins der Thiere ſtirbt, während, wenn der Ususfruct an den einzelnen Thieren haftet und von vorne herein nicht grade auf die universitas rerum das Augenmerk gerichtet geweſen iſt, nach dem Tode des einen Thiers der Ususfruct an den andern fortbeſteht[q]). Der Ususfruct an einer Heerde erlöſcht, wenn die Zahl der Thiere ſo gering geworden iſt, daß man ſie nicht mehr als Heerde bezeichnet[r]). Einſchmelzen des Bechers, der Statuen oder ſonſtigen Zierrathen, und umgekehrt das Verarbeiten von rohem Metall zu ſolchen Dingen bewirkt ebenfalls den Untergang des daran haftenden Ususfructs[s]). Werden Sklaven zu andern Dienſten verwandt, als wofür ſie beſtimmt waren, ſo daß ſie für dieſe ihre Beſtimmung unbrauchbar werden (vgl. § 51 S. 473), ſo geht der Ususfruct daran unter[t]).

Die obigen nun für den Ususfruct ausgeſprochenen Regeln werden auf die übrigen Perſonalſervituten analog anzuwenden ſein. Für den usus ergiebt ſich das ſchon aus dem Satze, daß er ſtets auf dieſelbe Weiſe erlöſcht, wie der Ususfruct[u]); für die operae servorum und die habitatio folgt es nicht bloß aus der Analogie des Ususfructs, ſondern auch daraus, daß bei dieſen Servituten grade

---

von ſelbſt wieder ein Wald auf derſelben Stelle aufwachſen, ſo würde anders zu entſcheiden ſein.

o) L. 10 § 4 daſelbſt. Die Frage alſo, zu welchen Veränderungen der Usufructuar berechtigt iſt (vgl. § 51 S. 472), und die, welche Veränderungen heben den Ususfruct auf, werden durchaus verſchieden beantwortet.

p) L. 12 pr. daſelbſt. Vgl. S. 465 Anm. q.

q) L. 10 § 8 daſelbſt.

r) L. 31 daſelbſt.

s) L. 36 de usufr.; l. 10 § 5 quib. mod. usufr.

t) L. 12 § 1 daſelbſt.

u) L. 3 § 3 de usufr. 7, 1.

ein unmittelbares Aneinanderpaſſen des Berechtigten und dieſer ſpeciellen Sache vorausgeſetzt ward, und wie es als unmöglich gegolten hat, daß ein Anderer, als der bei der Errichtung Genannte, die Servitut übte, ſo wird auch die urſprüngliche Geſtalt der Sache nöthig geweſen ſein, um die Servitut ſo zu üben, wie beabſichtigt ward.

§. 71.

Confuſion von Eigenthum und Servituten[a]).

Wie man nicht eine Servitut an eigener Sache haben kann, und wie ſolche daher mit dem Erwerbe der belaſteten Sache Seitens des Innehabers einer Perſonalſervitut oder des Eigenthümers der herrſchenden Sache, beziehungsweiſe mit dem Erwerbe der herrſchenden Sache Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache zu Grunde gehen muß, haben wir ſchon früher § 14 S. 125 dargeſtellt und auch ſchon ausgeführt, wie in manchen Fällen dieſer Untergang durch Reſtitution Seitens des Prätors, durch Retention bei der Herausgabe der dienenden Sache, oder durch perſönliche Klagen rückgängig gemacht werden könne[b]). Erwerb von Miteigenthum hebt eine theilbare Servitut zu entſprechenden Theilen auf, während er eine untheilbare Servitut nicht alterirt, es ſei denn, daß alle Miteigenthümer des einen Grundſtücks gemeinſchaftlich das andere in der Weiſe erwerben, daß ein und daſſelbe Miteigenthum beide Grundſtücke zu umfaſſen ſcheint, und alſo namentlich dieſelben Theilverhältniſſe an beiden beſtehen (vgl. S. 130). Erwirbt aber der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks einen reellen Theil des herrſchenden, ſo wird ſich die Servitut, wie bei jeder Theilung des

a) Erwirbt ein Uſufructuar das Eigenthum an der uſufructuariſchen Sache, ſo reden die Quellen auch von *consolidatio*, vgl. § 3 J. de usufr. II, 4; l. 3 § 2 de usufr. accresc. 7, 2.

b) Die S. 126 aufgeführten Fälle können noch mannigfach vermehrt werden. Vgl. z. B. l. 9 comm. praed. 8, 4; l. 2 § 19 de hered. vel act. vend 18, 4; l. 7 pr. de fund. dot. 23, 5; l. 38 § 1, l. 70 § 1 de leg. I 30; l. 73 ad SC. Trebellian. 36, 1; l. 35 de bon. libert. 38, 2; l. 6 de manumiss. testam. 40, 4.

herrſchenden Grundſtücks, in denſelben Verhältniſſen wie dieſes zerſpalten (vgl. § 11 S. 103), und die Quote derſelben, welcher nach den früher dargeſtellten Grundſätzen mit dem Theil des herrſchenden Grundſtücks, auf den Eigenthümer des dienenden übergeht, erlöſcht durch Confuſion, während die übrigen Elemente der Servitut fortbeſtehen. Erwirbt der Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks einen Theil des dienenden, ſo wird auch hier die Analogie des Falls entſcheiden müſſen, wenn ſich die dienende Sache in mehrere Sachen zerſpaltet, und behalten wir daher auch dieſe Frage beſſer dem Anhange vor.

§ 72.

Verzicht auf Servituten.

Wir führten früher aus (§ 39 S. 349), wie zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten im römiſchen Verkehr die Anſicht geherrſcht haben muß, daß die einfache Dereliction nicht genügen könne, um eine Servitut gänzlich aufzuheben, ſondern wie eine ſolenne in iure cessio oder bei Wege- und Waſſerſervituten doch eine Mancipation für dazu erforderlich gehalten ſein müſſe[a]). Wir haben darin oben nur einen Ausfluß der Anſicht der Proculejaner erkennen zu müſſen geglaubt,

a) Darauf deutet nicht nur hin, daß ſonſt die ſo oft genannte Receſſion der Servitut an den Eigenthümer mit aller ihrer Umſtändlichkeit überflüſſig geweſen wäre, ſondern auch daß Paulus [Rec. Sent. III, 6 § 28 33] bei Aufzählung der Erlöſchungsgründe nur die in iure cessio nicht die Dereliction nennt. — Eine entgegenſtehende Anſicht läßt ſich auch nicht auf l. 64 und l. 65 pr. de usufr. ſtützen, indem wir ſchon im § 53 S. 511 nachwieſen, wie durch den Ausdruck „derelinquere usumfructum“ nicht das Inſtitut der Dereliction des Uſusfructs als ein mit der Dereliction des Eigenthums gleichartiges und gleichwirkſames anerkannt werde, da dort doch immer ein Zurückgeben der uſufructuariſchen Sache an den Eigenthümer oder doch wenigſtens ein Anbieten derſelben vorausgeſetzt ſein muß. Und ſelbſt wenn auch der Uſufructuar dem Wortlaut der l. 64 und l. 65 gemäß durch Dereliction von den uſufructuariſchen Laſten frei würde, ſo iſt damit noch nicht geſagt, daß eben dieſe Dereliction auch ſchon ſeinen Uſusfruct für immer vernichte, und er ſich der einmal entſchlagenen Sache nicht ſpäter wieder unterziehen dürfe.

die auch die Dereliction des Eigenthums nicht eher als vollendet angesehen haben wollten, als bis die delinquirte Sache wieder von einem Andern occupirt war, und haben demgemäß dort angenommen, daß, da im justinianeischen Recht diese proculejanische Ansicht ausgemerzt ist, wir nunmehr auch für den Verzicht auf Servituten die bloße Dereliction, d. h. die sichere Darlegung des Willens, nicht mehr Servitutberechtigter sein zu wollen, als genügend anerkennen müßten.

Allein, wenn wir mit diesem Resultate die Art und Weise vergleichen, in welcher die justinianeischen Rechtsbücher sich zu dieser Frage verhalten, so finden wir, daß auch Justinian in § 3 J. de usufructu II, 4 die Dereliction nicht unter den Erlöschungsarten der Servituten aufzählt, sondern es auch hier noch heißt: Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur. Ebenso sind in den Pandektenstellen, die vom Verzicht auf Servituten handeln, zwar die ursprünglich darin erwähnten solennen Rechtsgeschäfte von den Compilatoren, wenn auch nicht bis zur Unkenntlichkeit, verwischt[b]), allein in ihrer jetzigen Gestalt behandeln sie doch fast alle Aufhebungsverträge, zu denen meistens noch Quasitradition hinzutritt, indem alsbald von der wieder erworbenen Freiheit Gebrauch gemacht wird[c]), und nur wenige sprechen in so allgemeinen Ausdrücken, (remittere servitutem — recedere ab usufructu), daß sie allenfalls auch von der bloßen Dereliction verstanden werden könnten[d]). Bestimmt erwähnt wird diese nirgends[e]).

Wenn sich bei diesem Zustand der Quellen auch keine bestimmte Ansicht allein auf diese gründen kann, so gestattet er es doch, daß man bei Beantwortung der Streitfrage, ob die bloße Dereliction die Ser-

b) Vergl. l. 21 de S. P. U., 8, 2; l. 20 de S. P. R. 8, 3; s. S. 350.

c) Vgl. l. 17 comm. praed. 8, 4.

d) Z. B. l. 48 pr. de usufr. 7, 1; l. 34 pr. de S. P. R. 8, 3.

e) Nach l. 8 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 geht allerdings durch die Erlaubniß zum Höherbauen die serv. altius non tollendi verloren [si permisero ... amitto], allein es ist nicht gesagt, ob dieser Erlaubniß eine Bitte vorher ging und also darin zugleich ein Consens lag, oder nicht. Wahrscheinlich aber ist das erstere, und statt des „permisero" hat es vielleicht auch früher geheißen: „in iure cessero".

vituten aufhebt, lediglich die Analogie nah verwandter Rechtsinſtitute entſcheiden läßt, und da haben wir bei nochmaliger Erwägung den von Fritz (Erläuterungen Bd. I S. 385 ff.) ausgeführten Gründen unſern Beifall nicht verſagen können und glauben ebenfalls, daß hier nicht ſowohl die Analogie des Eigenthums, als vielmehr die der Obligationen zu Rathe gezogen werden muß und demnach der bloße einſeitige Verzicht zum Untergang der Servitut noch nicht genügt. Denn wenn der Eigenthümer derelinquirt, ſo hat dieſer Act nur die Aufhebung eines Rechts zur Folge, nicht auch ſchon alsbald die Entſtehung eines neuen Rechts, ja der Derelinquent behält ſelbſt noch, ſo lange ihm nicht etwa ein Dritter zuvorgekommen iſt, die Möglichkeit, die verlaſſene Sache wieder von Neuem zu occupiren. Alles das verhält ſich anders beim Verzicht auf Servituten; dieſe würden dadurch nicht etwa res nullius werden, ſo daß jeder die Servitutbefugniß occupiren und auch der Verzichtende ſelbſt ſie noch einige Zeit hindurch wieder in Anſpruch nehmen könnte, ſondern unmittelbar durch die Dereliction erwürbe der Eigenthümer die Freiheit. Könnten Obligationen durch den bloßen einſeitigen Verzicht des Gläubigers aufgehoben werden, ſo würde durch ſeinen Act in gleicher Weiſe unmittelbar der Schuldner bereichert. Das hat das Recht aber nicht zugelaſſen, ſondern fordert zur Gültigkeit des Verzichts Accept desſelben Seitens des bereicherten Schuldners, und ſo wird man auch annehmen dürfen, daß der Verzicht auf die Servitut Seitens des dadurch bereicherten Eigenthümers der dienenden Sache acceptirt werden muß, um die Servitut gänzlich zu vernichten. Allerdings ſcheiden ſich Obligationen und Servituten darin weſentlich von einander, daß letztere abſolute, jedem gegenüber geltend zu machende Rechte ſind, und daß daher durch den Untergang derſelben nicht allein der Eigenthümer, ſondern auch alle andern Perſonen berührt werden, während die Aufhebung der Obligation der Regel nach nur für den Schuldner ein rechtlich relevantes Ereigniß iſt, und man könnte daraus folgern, daß wenn in letztern Falle der Schuldner mitwirken müſſe, man conſequent in erſterem die Mitwirkung aller derer fordern müſſe, die fortan nicht mehr die confeſſoriſche Klage zu fürchten hätten, und da das eine Unmöglichkeit ſei, ſo könne überhaupt nicht die Mitwirkung irgend eines andern, als des ver-

zichtenden Servitutberechtigten gefordert werden. Allein eine wirkliche Bereicherung entsteht aus dem Verzicht nur für die Innehaber der dienenden Sache; allen Andern bleibt das, was seither verboten war, auch in Zukunft verboten, nur daß sie deßhalb nicht mehr die confessorische Klage der Servitutberechtigten, sondern die negatorische oder die andern Klagen des Eigenthümers zu fürchten haben. Wie nun überall im Rechte nicht zugelassen wird, daß ein Recht durch den bloß einseitigen Akt seines Innehabers unmittelbar auf einen Andern übergeht, so wird man es auch hier nicht gestatten dürfen[f]).

Es ist nicht genau richtig, wenn wir eben sagten, nur der Eigenthümer der dienenden Sache werde durch den Verzicht bereichert; daneben werden es auch alle dinglich an der Sache Berechtigten, so weit ihr Recht durch die Servitut irgendwie beschränkt wurde, und es kann daher die Frage entstehen, ob sie alle consentiren müssen, damit der Verzicht gültig ist. Hier macht sich aber der Gesichtspunkt wieder geltend, daß der Eigenthümer der eigentliche Vertreter der Sache ist, so daß er durch seinen Accept die Freiheit dieser so zurückerwirbt und dauernd mit ihr verbindet, wie er durch den Erwerb einer Realservitut zu Gunsten seiner Sache diese Servitut mit ihr dauernd verbindet (vgl. § 63), und seine That kommt daher den an dieser Sache Berechtigten ohne weiteres mit Nothwendigkeit zu gute. Verzichtet aber der Servitutinnehaber nicht sowohl um des Eigenthümers, als um eines Emphyteuten, Usufructuars u. s. w. willen, und schließt nur mit diesen den dahin zielenden Vertrag ab, so wird sich das Verhältniß ähnlich gestalten, wie wenn ein solcher dinglich Berechtigter der Sache eine Servitut erworben hätte. Wie er damit nicht nur für seine Person und dem andern Contrahenten gegenüber, sondern Allen, welche in sein dingliches Recht succediren, bis dasselbe aus irgend einem in seiner Natur

f) Wer annimmt, daß eine Servitut nicht durch bloßen Vertrag entstehe, sondern daß um ein dingliches Recht zu übertragen, Tradition erforderlich sei, wird consequent auch annehmen müssen, daß an die Stelle der alten Recession oder Remancipation nicht der bloße Vertrag habe treten können, sondern daß daneben eine Quasitradition, d. h. alsbaldige Benutzung der Freiheit durch den Eigenthümer erforderlich sei; vgl. § 65.

vituten aufhebt, lediglich die Analogie nah verwandter Rechtsinſtitute entſcheiden läßt, und da haben wir bei nochmaliger Erwägung den von Fritz (Erläuterungen Bd. I S. 385 ff.) ausgeführten Gründen unſern Beifall nicht verſagen können und glauben ebenfalls, daß hier nicht ſowohl die Analogie des Eigenthums, als vielmehr die der Obligationen zu Rathe gezogen werden muß und demnach der bloße einſeitige Verzicht zum Untergang der Servitut noch nicht genügt. Denn wenn der Eigenthümer derelinquirt, ſo hat dieſer Act nur die Aufhebung eines Rechts zur Folge, nicht auch ſchon alsbald die Entſtehung eines neuen Rechts, ja der Derelinquent behält ſelbſt noch, ſo lange ihm nicht etwa ein Dritter zuvorgekommen iſt, die Möglichkeit, die verlaſſene Sache wieder von Neuem zu occupiren. Alles das verhält ſich anders beim Verzicht auf Servituten; dieſe würden dadurch nicht etwa res nullius werden, ſo daß jeder die Servitutbefugniß occupiren und auch der Verzichtende ſelbſt ſie noch einige Zeit hindurch wieder in Anſpruch nehmen könnte, ſondern unmittelbar durch die Dereliction erwürbe der Eigenthümer die Freiheit. Könnten Obligationen durch den bloßen einſeitigen Verzicht des Gläubigers aufgehoben werden, ſo würde durch ſeinen Act in gleicher Weiſe unmittelbar der Schuldner bereichert. Das hat das Recht aber nicht zugelaſſen, ſondern fordert zur Gültigkeit des Verzichts Accept desſelben Seitens des bereicherten Schuldners, und ſo wird man auch annehmen dürfen, daß der Verzicht auf die Servitut Seitens des dadurch bereicherten Eigenthümers der dienenden Sache acceptirt werden muß, um die Servitut gänzlich zu vernichten. Allerdings ſcheiden ſich Obligationen und Servituten darin weſentlich von einander, daß letztere abſolute, jedem gegenüber geltend zu machende Rechte ſind, und daß daher durch den Untergang derſelben nicht allein der Eigenthümer, ſondern auch alle andern Perſonen berührt werden, während die Aufhebung der Obligation der Regel nach nur für den Schuldner ein rechtlich relevantes Ereigniß iſt, und man könnte daraus folgern, daß wenn in letzterm Falle der Schuldner mitwirken müſſe, man conſequent in erſterem die Mitwirkung aller derer fordern müſſe, die fortan nicht mehr die confeſſoriſche Klage zu fürchten hätten, und da das eine Unmöglichkeit ſei, ſo könne überhaupt nicht die Mitwirkung irgend eines andern, als des ver-

zichtenden Servitutberechtigten gefordert werden. Allein eine wirkliche Bereicherung entsteht aus dem Verzicht nur für die Innehaber der dienenden Sache; allen Andern bleibt das, was seither verboten war, auch in Zukunft verboten, nur daß sie deßhalb nicht mehr die confessorische Klage der Servitutberechtigten, sondern die negatorische oder die andern Klagen des Eigenthümers zu fürchten haben. Wie nun überall im Rechte nicht zugelassen wird, daß ein Recht durch den bloß einseitigen Akt seines Innehabers unmittelbar auf einen Andern übergeht, so wird man es auch hier nicht gestatten dürfen[f]).

Es ist nicht genau richtig, wenn wir eben sagten, nur der Eigenthümer der dienenden Sache werde durch den Verzicht bereichert; daneben werden es auch alle dinglich an der Sache Berechtigten, so weit ihr Recht durch die Servitut irgendwie beschränkt wurde, und es kann daher die Frage entstehen, ob sie alle consentiren müssen, damit der Verzicht gültig ist. Hier macht sich aber der Gesichtspunkt wieder geltend, daß der Eigenthümer der eigentliche Vertreter der Sache ist, so daß er durch seinen Accept die Freiheit dieser so zurückerwirbt und dauernd mit ihr verbindet, wie er durch den Erwerb einer Realservitut zu Gunsten seiner Sache diese Servitut mit ihr dauernd verbindet (vgl. § 63), und seine That kommt daher den an dieser Sache Berechtigten ohne weiteres mit Nothwendigkeit zu gute. Verzichtet aber der Servitutinnehaber nicht sowohl um des Eigenthümers, als um eines Emphyteuten, Usufructuars u. s. w. willen, und schließt nur mit diesen den dahin zielenden Vertrag ab, so wird sich das Verhältniß ähnlich gestalten, wie wenn ein solcher dinglich Berechtigter der Sache eine Servitut erworben hätte. Wie er damit nicht nur für seine Person und dem andern Contrahenten gegenüber, sondern Allen, welche in sein dingliches Recht succediren, bis dasselbe aus irgend einem in seiner Natur

f) Wer annimmt, daß eine Servitut nicht durch bloßen Vertrag entstehe, sondern daß um ein dingliches Recht zu übertragen, Tradition erforderlich sei, wird consequent auch annehmen müssen, daß an die Stelle der alten Recession oder Remancipation nicht der bloße Vertrag habe treten können, sondern daß daneben eine Quasitradition, d. h. alsbaldige Benutzung der Freiheit durch den Eigenthümer erforderlich sei; vgl. § 65.

liegenden Grunde an das Eigenthum zurückfällt, eine Servitut erworben hat, ſo wird er auch in unſerm Falle bis zu dieſem Zeitpunkt allen ſeinen Nachfolgern und ohne Rückſicht darauf, ob der Verzichtende noch die früher herrſchende Sache inne hat, die Freiheit von der Servitut erworben haben, und erſt nach dem gänzlichen Untergang des von ihm inne gehabten Rechts und deſſen Heimfall an das Eigenthum wird die Servitut wieder aufleben. Auch dem bloßen Detentor der belaſteten Sache, dem Pächter u. ſ. w. kann der Verzicht auf die Servitut von Nutzen ſein; aber unmittelbar wird er nicht durch ihn bereichert, ſondern erſt dadurch, daß der Eigenthümer oder ſonſtig dinglich Berechtigte ihn auch dieſe zurückerworbene Eigenſchaft der Sache benutzen läßt. Verzichtet aber bloß um ſeinetwillen und durch ein nur mit ihm abgeſchloſſenes Geſchäft der Servitutinnehaber auf die Servitut, und ohne daß der Detentor etwa als Stellvertreter des Eigenthümers und in ſeinem Namen hat handeln können, ſo kann ein ſolches Geſchäft nur die Wirkung eines einfachen Vertrags beanſpruchen und verpflichtet und berechtigt nur die Contrahenten und ihre Univerſalſucceſſoren.

Zu einem gültigen Verzicht auf die Servitut, ſo daß dieſe aufgehoben wird, iſt allein der Servitutberechtigte ſelbſt und alſo bei Realſervituten allein der Eigenthümer der herrſchenden Sache ermächtigt, aber auch nur dann, wenn kein allgemeines Veräußerungsverbot entgegenſteht. Iſt er nicht der einzige Berechtigte, ſondern können daneben auch andere an der herrſchenden Sache dinglich Berechtigte die Ausübung der Servitut beanſpruchen, ſo wird es der Zuſtimmung derſelben bedürfen, wenn die Servitut alsbald aufhören ſoll, widrigenfalls ſie, ſo lange ihr Recht dauert, die letztere nach wie vor benutzen können, ſo daß erſt nach Untergang ihres Rechts alle Conſequenzen der Servituten aufhören. Die Servitut behält bis dahin eine relative Geltung, wie ſie ſolche ebenfalls hat, wenn ſie von vorne herein z. B. von einem Emphyteuten für die herrſchende Sache erworben wäre (vgl. § 63).

Zur Gültigkeit eines Verzichtes wird alles erforderlich ſein, was zu jedem Veräußerungsvertrage nöthig iſt, alſo namentlich Dispoſitionsbefugniß Seitens des Verzichtenden. Der Verzicht wird häufig nicht ausdrücklich geſchehen, ſondern der Conſens muß aus conclu-

denten Handlungen geſchloſſen werden[g]), immer aber iſt er, wie jeder Verzicht, ſtreng auszulegen und dem Wortlaut gemäß zu erklären, ſo daß auch, wenn dem Verzichtenden zwei Servituten an derſelben Sache zuſtehen, aus dem Verzicht auf die eine nicht auch der auf die andere gefolgert werden darf[h]). Wenn jedoch eine davon nur den Charakter der adminicula im Verhältniß zu der andern hätte, alſo nur um dieſer willen beſtände, ſo würde mit dem Verzicht auf die letztere auch die erſtere untergehen[i]).

Der Verzicht kann ſich bei theilbaren Servituten auch auf eine ideelle Quote derſelben beziehen, bei untheilbaren Servituten iſt dies dagegen nicht möglich. Wohl aber kann auf einzelne Elemente einer ſolchen Servitut verzichtet werden, ſo daß der Servitutberechtigte die und die ihm ſeither zuſtehenden Befugniſſe in Zukunft aufgiebt (vgl. unſere Ausführungen in § 39 S. 352), oder die ganze Servitut für den und den Theil des dienenden Grundſtücks erläßt[k]). Häufig wird beides vereint vorkommen. Daß auch für einen Theil des herrſchenden Grundſtücks auf eine Realſervitut verzichtet werden kann, um dadurch dem dienenden Grundſtück ſeine Laſt zu erleichtern, folgt ſchon daraus, daß bei einer Theilung des herrſchenden Grundſtücks zwei ſelbſtändige Servituten entſtehen (vgl. § 11 S. 103) und dann jeder der Servitutberechtigten auf ſeine Servitut verzichten kann, ſo daß alſo der Fortbeſtand der urſprünglichen Servitut für einen Theil des herrſchenden Grundſtücks möglich iſt.

Der Verzicht kann auch durch letztwillige Verfügung geſchehen, indem der Teſtator, wie über alle andern Vermögensrechte, ſo auch über die ihm allein zuſtehenden Servituten unmittelbar verfügen

---

g) Vgl. l. 8 quemadm. serv. am. 8, 6. Wenn der Uſufructuar dem Eigenthümer erlaubte, die belaſtete Sache zu verkaufen, ſo galt das als Verzicht auf die Servitut, weil ſonſt die Erlaubniß ein überflüſſiger Act geweſen wäre, ſ. l. 4 § 12 de exc. doli 44, 4.

h) Vgl. l. 21 de S. P. 8, 2; l. 20 pr. de S. P. R. 8, 3.

i) Arg. leg. 17 quemadm. serv. am. 8, 6.

k) L. 6 de serv. 8, 1.

kann. Als Honorirter wird dann der Regel nach der Eigenthümer des seither dienenden Grundstücks, so wie wer sonst an demselben dinglich berechtigt und in Folge dessen unmittelbar durch die Aufhebung bereichert ist, zu gelten haben. Eines Accepts der Freiheit bedarf es so wenig, wie es einer Annahme sonstiger Legate bedarf. — Hiermit nicht zu verwechseln sind die letztwilligen Verfügungen, welche dem Onerirten die Verpflichtung auferlegen, auf eine Servitut zu verzichten oder den Verzicht Seitens eines Dritten Berechtigten zu erwirken.

§ 73.

Untergang der Servituten in Folge von Verjährung.

Wir haben schon im § 40 [S. 357 bis 377], so wie beiläufig im § 62 [S. 653 u. 654] einige Hauptsätze dieser Lehre als Incidenzpunkte besprechen müssen, und können daher hier von den folgenden dort gefundenen Resultaten ausgehen, denen wir jedoch alsbald einige Erläuterungen und Anwendungen zufügen wollen.

1) Die Wege- und Wasserservituten, so wie der Ususfruct und der Usus erlöschen in Folge von Nichtgebrauch[a]) und zwar, bis Justinian in der unten zu besprechenden Weise die Fristen neu normirte, innerhalb zwei Jahren, wenn sie an Grundstücken bestanden, innerhalb eines Jahrs, wenn sie an beweglichen Sachen hafteten. Konnten die Servituten nicht an jedem Tage der Verjährungszeit ausgeübt werden — das nahm man jedoch noch nicht an, wenn sie einen Tag um den andern ausgeübt werden durften, indem sie dann doch noch im Moment des Anfangs oder des Endes auch der ausfallenden Tage geübt werden konnten — so ward die Verjährungszeit verdoppelt[b]). Die Verjährungszeit wird in dem Augenblick beginnen müssen, in welchem zum ersten Male eine durch die Natur der Servitut gestattete Ausübungshandlung unterlassen wird; darf also nur in Zwischenräumen von mehreren Jahren eine Servitut

a) Ausgenommen ist die Wegegerechtigkeit zu Gunsten eines Grabes; vgl. l. 4 quemadm. serv. am. 8, 6.

b) L. 7 quemadm. serv. am. Vgl. Donell. Comment. XI, 18 § 16.

geübt werden, ſo beginnt die Verjährung nicht unmittelbar nach der letzten Ausübungshandlung, ſondern erſt in dem Moment, wo ſolche wieder hätte vorgenommen werden können[c]). Die Länge der Verjährungszeit wird, da es ſich hier durchaus um eine Extinctivver-

c) Man hat behauptet, bei den Servituten, welche zu ihrer Ausübung eine Vorrichtung bedürften, liefe die Verjährungszeit erſt von dem Augenblick, wo dieſe Vorrichtung hergeſtellt iſt, und hat ſich dafür auf l. 19 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 berufen. Wir erwähnten aber ſchon früher (§ 25 Anm. h S. 209 und § 65), wie hier noch gar keine Servitut vorhanden war, da wohl ein pactum de constituenda servitute abgeſchloſſen, aber die Tradition nicht vorgenommen war. Und eine ſolche Ausnahme läßt ſich auch um ſo weniger begründen, als nach römiſcher Auffaſſung die Servitut nicht etwa noch von einer Bedingung abhängig iſt, ſondern die Befugniß, die Vorrichtung herzuſtellen, durchaus als ein ſelbſtändiges Element der Servitut gilt (vgl. § 19 S. 176), ſo daß ſchon die Ausübung dieſer Befugniß als Ausübung der Servitut erſcheinen muß, und letztere demnach von Anfang an möglich iſt. Anders verhält es ſich allerdings, wo die Servitut, wenn auch nicht formell, ſo doch materiell an eine Bedingung geknüpft iſt (vgl. § 19), und was weiter weſentlich nöthig iſt, die Erfüllung dieſer Bedingung nicht lediglich von der Willkühr des Berechtigten abhängt, wie z. B. wenn Wege- oder Waſſergerechtigkeiten erſt einzelnen von mehreren aneinanderliegenden Grundſtücken auferlegt ſind, ſo daß noch keine Continuität des Wegs- oder der Waſſerleitung erreicht iſt (vgl. § 9 S. 85), oder erſt einzelne der mehreren Miteigenthümer des dienenden oder herrſchenden Grundſtücks den Errichtungsact vorgenommen haben (vgl. § 63), oder wenn die Servitut nur für den Fall beſtellt iſt, daß auf dem dienenden Grundſtück ein Gebäude errichtet iſt. Damit hängt es zuſammen, daß Paulus in l. 18 § 2 quemadm. serv. am. ſagt, eine serv. tigni immittendi gehe nicht verloren, wenn die Verjährungszeit hindurch das Haus, worin immittirt werden ſoll, nicht gebaut iſt. Paulus begründet das freilich dadurch: quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit — allein das Recht iſt noch nicht unterbrochen, weil noch kein ius utendi vorhanden war, und alſo fehlt es hier an dem auch neben der possessio libertatis zum Untergang ſolcher Servituten erforderlichen non usus. — Iſt die Servitut einmal völlig zur Exiſtenz gekommen, und nachher treten wieder die Umſtände ein, welche ſie im Anfang ſuſpendirten, indem z. B. eins der mehreren Grundſtücke, über welche die Wegegerechtigkeit läuft, davon frei und dadurch die ganze Servitut unbenutzbar wird, ſo hindert das die Verjährung durchaus nicht; vgl. l. 6 pr. si serv. vind. 8, 5 und l. 13 quemadm. serv. am.

jährung handelt, in der Art berechnet werden müſſen, daß der letzte Tag ganz abgelaufen ſein muß, ehe die Servitut verloren iſt[d]).

2) Daß die dienende Sache während der Nichtbenutzung der Servitut beſeſſen worden iſt, iſt nicht erforderlich, und ebenſo tritt der Untergang der Servitut ganz unabhängig von der Frage ein, aus welchem Grunde die Ausübung unterblieben iſt[e]), und ſelbſt dann, wenn es geſchah, um ein verbotenes Geſchäft zu bewirken[f]). Doch kann beim Vorhandenſein eines geeigneten Grundes Reſtitution gegen dieſe Verjährung oder wenigſtens Erſatz für den dadurch entſtandenen Vermögensſchaden erlangt werden[g]). Nur da, wo ein allgemeines Veräußerungsverbot beſteht, findet dieſe Erlöſchungsart keine Anwendung, da, wie Paulus in l. 28 de V. S. 50, 16 ſagt: Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes, und ſo gehen z. B. die Servituten eines Dotalgrundſtücks nicht unter, wenn ſie auch der Mann nicht braucht[h]). Dagegen wird man aber nicht, wie es z. B. Unterholzner (ausführl. Verjährungslehre Bd. II § 299) thut, die ſämmlichen Hinderniſſe der Uſucapion für dies Inſtitut analog erweitern dürfen, indem eben das letztere eine durchaus einzelſtehende Schöpfung iſt, die mit der Uſucapion in keiner Verbindung ſteht und nur nach ihren eignen Principien beurtheilt werden muß, und deßhalb wird z. B. auch in l. 4 § 27

---

d) Vgl. Vangerow, Leitfaden Bd. I, § 196 und § 357 a. E.

e) Nur wenn der Servitutberechtigte beſtimmt den Willen, auszuüben, kund gethan hat, und lediglich auf Bitten des Belaſteten (precario) oder vertragsmäßig für eine beſtimmte Zeit (vgl. § 72 S. 771) davon abgeſtanden iſt, oder wenn er ſich mit einem Surrogat für die einzelne Ausübungshandlung hat abfinden laſſen, wird man eine Unterbrechung der Verjährung auch ohne Ausübung der Servitutbefugniß annehmen dürfen. Die usucapio libertatis findet wenigſtens nicht ſtatt, wenn der ſervitutwidrige Zuſtand precario hergeſtellt iſt (ſ. unten), und da dort die precario unterlaſſene Ausübung nicht ſchadet, ſo wird man des gleichen Grundes wegen hier daſſelbe annehmen können.

f) L. 5 § 6 de donat. inter vir. et uxor. 24, 1: Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse. Vgl. l. 78 § 2 de iure dot. 23, 3.

g) Siehe die S. 373 citirten Stellen.

h) Arg. leg. 6 de fund. dot. 23, 5.

de usurp. 41, 3 ausdrücklich ausgeführt, wie trotz gewaltsamer Verhinderung der Ausübung die Servitut untergehe.

3) Die Vornahme einer einzelnen und auch der geringsten Ausübungshandlung unterbricht die Verjährung; der Ausübende darf nur nicht in der Voraussetzung gehandelt haben, daß keine derartige Servitut vorhanden sei, oder er darf damit nicht ein anderes Recht haben ausüben wollen, als das, dessen Erhaltung jetzt in Frage kommt. Die Ersitzung wird sogar unterbrochen, wenn der durch die Servitut bezweckte Erfolg ohne die Thätigkeit einer Person eintritt, und ferner kann jeder Dritte, auch wenn gar kein rechtliches Band zwischen ihm und dem Berechtigten besteht, durch seine Ausübung diesem die Servitut erhalten. Es muß aber nur ebendieselbe Servitut sein, die erhalten werden soll, und die er geübt hat, und daher wird z. B. dadurch, daß A. im eigenen Namen einen Ususfruct an einem Grundstück übt, der des B. noch nicht erhalten, oder dadurch daß von Mehreren, die an demselben Wasser Wasserleitungsservituten haben, oder die sich körperlich in das eine herrschende Grundstück und damit in die demselben zustehende Servitut getheilt haben, nur Einer seine Servitut zu Gunsten seines Grundstücks übt, auch die der Andern nicht retinirt[i]). Ob es dieselbe Servitut ist, die geübt wurde, wird sich bei Realservituten immer daran erkennen lassen, ob die Nutzung dem herrschenden Grundstück zu Gute kam und ob also fundi nomine geübt ward. Da, wo jemand durch verschiedene Akte mehrere Servitutbefugnisse an derselben Sache erworben hat, und demnach schon der äußern Erscheinung nach mehrere Servituten vorhanden sind, da muß jede derselben geübt werden, um gegen Verjährung gesichert zu sein[k]). Solche Handlungen, welche gar nicht durch die Servitut gestattet sind, vermögen den Untergang derselben nicht abzuwenden[l]); dagegen ist es nicht

---

i) L. 6 und l. 16 quemadm. serv. am. 8, 6.

k) L. 17 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

l) L. 10 § 1, l. 11, l. 18 pr. quemadm. serv. am. Schwer damit zu vereinigen ist Julians Ausspruch in l. 5 § 1 de aq. quot. 43, 20, wonach zwei Servitutberechtigte, von denen der Eine bei Tage, der Andere bei Nacht dasselbe Wasser leiten soll, und die durch ein Uebereinkommen unter sich mit

dazu erforderlich, daß ſie ihrem ganzen Inhalt nach ausgeübt werde, ſondern durch Benutzung einzelner in ihr enthaltener Befugniſſe wird ſie ganz retinirt, alſo z. B. via oder actus durch das Brauchen als iter, der Uſusfruct durch das bloße uti[m]). Aber dieſe partielle Benutzung muß ſich auch wirklich als eine nur graduell geminderte Benutzung der bei der Servitutbeſtellung beabſichtigten Vortheile darſtellen, und nicht etwa dadurch, daß einzelne Elemente der Servitut unbenutzt bleiben, der Charakter der Benutzung gänzlich geändert werden, ſo daß der Servitutberechtigte nur etwas ganz anderes vornimmt, als was der Wille der Conſtituenten im Auge hatte. So erklärt es ſich, daß nach l. 17 quemadm. serv. am. die serv. haustus gänzlich erlöſcht, wenn allein die darin enthaltene Fußwegsgerechtigkeit die Verjährungszeit hindurch benutzt wird, indem dieſe als eine ſelbſtändige Befugniß gar nicht ertheilt iſt, ſondern nur ſoweit, als ſie zum Schöpfen des Waſſers nöthig iſt, und eben ſoweit gar nicht benutzt iſt. Und erlöſcht die serv. haustus, ſo erlöſcht auch ihr adminiculum, das Recht zu gehen. Der Uſusfruct kann ſeiner Theilbarkeit wegen zu einem ideellen Theil durch Nichtgebrauch untergehen[n]).

4) Alle Realſervituten, außer den beſprochenen Wege- und Waſſergerechtigkeiten, erlöſchen bis zu Juſtinians Geſetzgebung nicht ſchon durch bloßen Nichtgebrauch, ſondern neben dieſem, der auch hier ganz nach den oben unter 1 dargeſtellten Regeln zu beurtheilen iſt, war weiter erforderlich, daß die dienende Sache zwei Jahre hindurch von Einem und demſelben[o]) in der Weiſe beſeſſen iſt, daß aus

---

einander tauſchen, doch ihr Recht nicht durch Verjährung verlieren ſollen, obgleich doch keiner die Handlungen vornahm, welche ihm die Servitut geſtattete. Man wird dies mit Unterholzner a. a. O. S. 224 nur dadurch erklären können, daß jeder, wenn er auch nicht ſelbſt ſein Recht übte, doch durch die Uebung deſſelben Vortheil zog, indem er ja dafür das Recht des Andern üben durfte.

m) L. 20 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 18 de S. P. R. 8, 3; l. 2, l. 8 § 1, l. 9 quemadm. serv. am.

n) L. 25 quib. mod. usufr. 7, 4.

o) L. 32 § 1 de S. P. U. 8, 2. — Julianus. — . . si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit,

ihrer körperlichen Beſchaffenheit die Unmöglichkeit der Ausübung der Servitut während jener Zeit mit Nothwendigkeit hervorgeht. Eines Titels oder der bona fides auf Seiten des Erſitzenden bedarf es nicht, und nur wenn precario vom Servitutberechtigten die Anlegung der ſervitutwidrigen Vorrichtung geſtattet iſt, iſt dieſelbe, ſo lange das precarium nicht widerrufen iſt, ſuſpendirt[p]), jedoch auch nur rückſichtlich der Servitut, deren Innehaber die Erlaubniß ertheilt hat; verletzt die precario gemachte Vorrichtung noch andere Servituten, ſo erlöſchen dieſe nach Ablauf der Erſitzungszeit[q]). Letztere beginnt immer mit dem Moment, wo die Ausübung der Servitut unmöglich gemacht iſt, und da es ſich hier um eine Acquiſitivverjährung handelt, wird der Grundſatz gelten müſſen: dies coeptus pro iam impleto habetur. — Eine Frage, die ſich bei einem Blick auf die Anwendung dieſes Inſtituts namentlich hinſichtlich der negativen Servituten alsbald aufdrängt, für die aber die Quellen keine Antwort geben, und die daher unſere Litteratur faſt ganz vernach-

---

interpellata usucapio est; is autem, qui postea eandem aedes possidere coeperit, integre statuto tempore libertatem usucapiet. Unterholzner (a. a. O. S. 234) will dennoch eine accessio temporis gelten laſſen, ſobald zwiſchen dem Vorgänger und dem Nachfolger ein rechtlicher Zuſammenhang beſtehe. Zu Julians Zeiten habe das freilich nur rückſichtlich des Erblaſſers und Erben gegolten.

p) L. 17 comm. praed. 8, 4.

q) L. 32 de S. P. U. 8, 2. Dieſe Stelle beweißt auch, wie bona fides oder justus titulus beim Erſitzenden nicht vorhanden zu ſein braucht. Man hat jedoch die obige Beſchränkung zu Gunſten des precarium dahin ausdehnen wollen, daß auch vis oder clandestinus die Freiheitserſitzung ausſchlöſſe, allein unſers Erachtens iſt auch dies unerweislich, vielmehr wird die Analogie jener Fälle, wo eine Servitut wegen Nichtgebrauch erlöſcht, trotzdem daß der Berechtigte gewaltſam an der Benutzung verhindert iſt (l. 1 § 23 de aq. quot. 43, 20), auch in unſerm Falle für den Untergang der Servitut beweiſen, zumal die ratio der obigen Ausnahme zu Gunſten des Precariums hier gar nicht zutreffend iſt. Ein ſolches Precarium iſt eine ſehr nützliche Rechtsbildung, die zu unterſtützen iſt, und ſie wäre für längere Zeit nicht möglich, wenn nicht jene Ausnahme gemacht würde; wird aber mit Gewalt oder heimlich ein ſervitutwidriger Zuſtand erreicht, ſo iſt es nur Nachläſſigkeit des Berechtigten, wenn er ſeine Hülfsmittel die ganze Verjährungszeit hindurch unbenutzt läßt.

läſſigt, iſt die: kann die Freiheit von einer Servitut theilweiſe erſeſſen werden, oder iſt dies unmöglich und geht deßhalb die Servitut entweder ganz unter, ſo oft ſie auch nur zu einem geringen Theil durch die betreffenden Vorrichtungen unausführbar geworden iſt, oder wird ſie ganz erhalten, ſo oft nicht ihre Ausübung ganz und gar unmöglich geworden iſt. Nehmen wir das letztere an, ſo entſteht z. B. bei der serv. altius non tollendi die Schwierigkeit, zu beſtimmen, wann iſt dieſelbe gänzlich vereitelt, wie hoch muß auf dem dienenden Grundſtück gebaut werden, damit der Nachbar gar keinen Vortheil mehr aus der Servitut hat, und wo ſoll da, wenn nicht etwa die Baugeſetze des Staats helfend einſchreiten, die Grenze ſein. Man könnte dahin kommen, einen Bau zu fordern, der bis an die Wolken reicht, denn jede Erhöhung ſchadet dem Nachbar, und ſo lange ſie nicht geſchieht, nutzt er ſeine serv. altius non tollendi. Will man dagegen Untergang der Servitut, ſobald ſie auch nur zum Theil verletzt iſt, ſo kommt man zu Reſultaten, die den Verkehrsanſchauungen und Intereſſen weſentlich widerſtreiten. Denn ein Ziegel des dienenden Hauſes ſo gerückt, daß er die Ausſicht in etwas mehr ſchmälert, die geringſte derartige Veränderung am Schornſtein vermöchte die ganze Servitut zu untergraben. Man wird ſich freilich dagegen, daß die Freiheit theilweiſe erſeſſen werden kann, und daß demnach durch den Höherbau von einigen Fuß die Servitut nur aufgehoben wird, ſoweit ſie die Befugniß enthielt, den Höherbau auch für dieſe wenigen Fuß zu unterſagen, wieder auf die Untheilbarkeit der Servituten berufen; — wir glauben jedoch, ſchon im § 39 S. 352 ff. nachgewieſen zu haben, wie auch in der Art ein theilweiſer Untergang der Servituten möglich iſt, daß nur einzelne Befugniſſe erlöſchen, wenn nur die ſelbſtändige Benutzung der übrigbleibenden noch gedacht werden kann. Ferner wird man ſich auf die Analogie jener Servituten berufen, die in Folge des bloßen Nichtgebrauchs untergehen, und die ganz erhalten werden, wenn ſie nur zum kleinſten Theil geübt werden, und ganz erlöſchen, wenn dies nicht der Fall iſt. Aber auch dieſe Analogie müſſen wir verwerfen. Wir können es nur, wie wir früher (§ 40 S. 367) auseinanderſetzten, als eine Singularität auffaſſen, daß in Folge des bloßen Nichtgebrauchs die Servitut erlöſcht; dieſe Singularität

mindert das Recht, indem es, sobald eine einzelne Ausübungshandlung nachgewiesen ist, und wäre sie noch so gering und nur für einen Theil der dienenden Sache wirksam, die volle Ausübung vermuthet, und das thut es mit um so mehr Grund, als ein Nachweis für alle einzelnen Theile in diesen Fällen oft sehr schwierig und demnach die Servitut gefährdet sein würde, wo in Wirklichkeit die Voraussetzungen des Gesetzes gar nicht vorhanden waren. Die usucapio libertatis ist aber durchaus der Eigenthumserſitzung homogen (s. § 40 S. 361), und daher muß vielmehr die Analogie dieser, als die jener Extinctivverjährung entscheiden; und wie daher Grundstücke nur so weit ersessen werden, als sie besessen werden, so wird auch die in gleicher Weise zerlegbare Freiheit von der Servitut nur soweit erworben werden, als von derselben durch bauliche Einrichtungen Besitz ergriffen ist. Ohnehin hört hier jene Schwierigkeit des Beweises, die bei jener Klasse der Servituten bestimmend war, ganz auf, da es sich hier nicht um schnell vorübergehende Handlungen, sondern um dauernde und anhaltend mit den Sinnen wahrnehmbare Zustände handelt, von denen leicht und sicher der Umfang ihrer Wirkung erkannt werden kann. Endlich wird noch der Umstand, daß die Quellen nirgends davon reden, wie weit die libertas usucapirt sein muß, damit die Servitut untergeht, und daß sie die manchen schwierigen Fragen unberücksichtigt lassen, welche die Consequenzen einer andern Auffassung, als der unsrigen ergeben, während sie so wiederholt die entsprechenden Fragen für den Untergang in Folge von bloßen Nichtgebrauch besprechen, die Vermuthung nahe legen, daß sie von der naturgemäßen und einfachsten Voraussetzung ausgegangen sind, daß die betreffenden Servituten in Folge einer usucapio libertatis immer nur so weit erlöschen, als es durch die Beschaffenheit der dienenden Sache unmöglich geworden ist, sie die Verjährungszeit hindurch auszuüben.

Wir haben seither die Aenderungen außer Acht gelassen, die durch Justinians Gesetzgebung in dieser Lehre von dem Untergang durch Verjährung hervorgerufen sind, und die zu manchen Zweifeln und Controversen Veranlassung gegeben haben. Zunächst, um mit der ältesten hier einschlagenden Constitution zu beginnen, sagt er in

l. 16 C. de usufr. 3, 33, da Streit ſei, ob auch die actio personalis auf Beſtellung eines Uſusfructs in ein oder zwei Jahren wegen Nichtbenutzung erlöſche, wolle er dies abſchneiden, indem er beſtimme: nec ipsum usumfructum non utendo cadere. Denn es könnten ſo viele Gründe eintreten, welche die Nichtbenutzung rechtfertigten, und es ſei hart, daß doch darum der Uſusfruct verloren gehen ſolle, nisi talis exceptio, fährt er fort, usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Dadurch haben ſich Manche zu der Annahme beſtimmen laſſen, Juſtinian fordere dem Uſusfruct gegenüber eine der Eigenthumserſitzung nachgebildete, zehn oder zwanzigjährige Freiheitserſitzung, während Andere, und das iſt durchaus die herrſchende Meinung[r]), annehmen, Juſtinian habe für die alte Extinctivverjährung die Friſten ändern wollen, indem dieſe nicht mehr, je nachdem die uſufructuariſche Sache eine bewegliche oder eine unbewegliche iſt, ein und zwei Jahre betragen ſollen, ſondern mit Beſeitigung dieſes Unterſchieds, der ja auch bei der longi temporis praescriptio des Eigenthums vor dem erſt nach dieſer l. 16 erfolgten Erlaß der l. un. C. de usuc. transf. nicht berückſichtigt wurde, fortan, je nachdem der Servitutberechtigte anweſend oder abweſend war, auf 10 und 20 Jahre feſtgeſetzt werden. Es iſt weniger der Wortlaut dieſes Geſetzes, den man für die letztere Anſicht anführen kann, als die Art und Weiſe, wie Juſtinian ſelbſt den Inhalt deſſelben in l. 13 C. de servit. referirt, indem er dort ſagt:

> „Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium; ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut *omnes servitutes non utendo amittantur* non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.

r) Siehe die Literaturnachweiſungen bei Vangerow Bd. I § 357.

Nur die Verlängerung der Verjährungszeit hat er darnach beabsichtigt, — den Untergang durch Nichtgebrauch aber hat er nicht beseitigen wollen, indem er dann gewiß nicht zur Bezeichnung der von ihm geregelten Verjährung das technische „non utendo amitti“ gebraucht hätte. Auch die Basiliken (XVI, 8, 39) sehen den Zweck der l. 16 nur in der Verlängerung der Verjährungszeit, und aus der Institutionenstelle (§ 3 J. de usufr.), welche von der Verjährung des Ususfructs handelt, läßt sich wenigstens nicht das Gegentheil nachweisen, indem das „non utendo *per modum* et tempus“, wodurch der Ususfruct erlöschen soll, auch nach unserer Ansicht gerechtfertigt ist, da die Gebrauchshandlungen, welche den Ususfruct erhalten sollen, doch immer eine bestimmte Qualification, z. B. rücksichtlich der Willensrichtung des Brauchenden haben müssen. Läßt sich daher schon die Einführung der Freiheitsersitzung gegenüber dem Ususfruct nicht erweisen, so wird man auch denen nicht beistimmen können, welche, von der entgegengesetzten Auffassung der l. 16 ausgehend, daraus, daß in l. 13 Justinian alle Servituten gleich behandelt, ableiten wollen, er habe seine neue Schöpfung der zehn- und zwanzigjährigen Freiheitsersitzung für alle Servituten einführen wollen.

Damit sind wir aber zu einer andern viel verhandelten Streitfrage gekommen, die sich an die obige l. 13 de serv. anknüpft. Weil nämlich Justinian hier alle Servituten gleich behandelt, und ausdrücklich sagt, er wolle die Unterschiede aufheben, hat man vielfach angenommen, nunmehr müßten alle Servituten durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, da er nur diese Erlöschungsart erwähne. Von der andern Seite aber hat man behauptet, Justinian spreche hier nur von der Zeitdauer und wolle lediglich diese bei den Erlöschungsarten in gleicher Weise bestimmt haben. Allein dagegen läßt sich doch nicht verkennen, wie der praktische Erfolg dieser Verlängerung der Zeit ein ganz anderer ist, wenn ein zehn- oder zwanzigjähriger Nichtgebrauch, als dann, wenn eine zehn- oder zwanzigjährige Freiheitsersitzung gefordert wird, und bei den strengen Anforderungen, welche das Recht an die letztere stellt, fürchten wir, daß bei solcher Auffassung des Gesetzes die Verjährung überall da, wo usucapio libertatis erforderlich ist, zu sehr erschwert wäre, und vielmehr, als wie

es der Abſicht Juſtinians entſprochen hätte. Denn da, wie wir früher erwähnten, bei dieſer Uſucapion keine accessio possessionis ſtattfinden ſoll, da ferner die Ausübung der Servitut ununterbrochen unmöglich gemacht ſein muß, ſo werden ſich, je länger die Verjährungsfriſten ſind, die Schwierigkeiten unverhältnißmäßig ſteigern. Dies wird nicht in der Abſicht Juſtinians gelegen haben, und wir werden daher nicht annehmen dürfen, daß er auch für die usucapio libertatis dieſe Aenderung hat eintreten laſſen wollen, die ſich bei ihr in ſo ganz anderer Weiſe nachhaltig und eingreifend erweißt, wie bei der Extinctivverjährung durch non usus; ſie als durch dieſes Geſetz für abgeſchafft zu erklären, wird man freilich auch nicht berechtigt ſein, namentlich da in die Pandekten die ganze alte Lehre aufgenommen iſt, während doch die Compilatoren ſich gewiß beſtrebt hätten, ſie zu verwiſchen, wenn ſie durch Juſtinians Geſetze beſeitigt wäre. Da nun aber Juſtinian doch wieder von allen Servituten redet, und bei allen die neue Verjährungszeit angewandt haben will, ſo wird nichts anders übrig bleiben, als daß man unter Aufrechterhaltung der alten Vorſchriften über die libertatis usucapio daneben noch die Vorſchriften der l. 13 auf die Servituten anwendet die ihr unterliegen. Man muß ſich nämlich daran erinnern, daß die libertatis usucapio ebenfalls einen Nichtgebrauch zur weſentlichen Vorausſetzung hat, und daß deßhalb ſchon ein klaſſiſcher Juriſt von einem Untergang ſtädtiſcher Servituten durch Nichtgebrauch reden konnte (vgl. § 40 S. 359 Anm. e); für dieſes eine Element der Verjährung ändert Juſtinian die Zeitdauer — möglicher Weiſe ohne ſich deſſen bewußt zu ſein, daß daneben in dieſen Fällen noch Freiheitserſitzung nöthig ſei, aber deßhalb dann auch ohne den Willen, dies zu ändern, und wo dieſer beim Geſetzgeber mangelt wird aus dem bloßen Schweigen deſſelben über einen Punkt nichts gefolgert werden können. Wir kommen alſo zu dem Reſultate, daß alle Servituten, wenn ſie durch Verjährung erlöſchen ſollen, zehn- oder zwanzig Jahre nicht benutzt ſein dürfen, daß aber dies nur bei den Wege- und Waſſergerechtigkeiten, ſo wie beim Uſusfruct und Uſus genügt, und daß zur Aufhebung anderer Servituten erforderlich iſt, daß innerhalb jener Zeit zwei Jahre hindurch die Ausübung durch dauernde Vorrichtungen auf dem dienenden Grundſtück unmöglich

gemacht ist, und daß das Grundstück mit jenen Vorrichtungen die zwei Jahre hindurch von Einem und demselben besessen worden ist.

Justinian hat noch eine Verordnung erlassen und zwar wenige Tage nach jener l. 13, die sich mit der Länge der Verjährungszeit beschäftigt und ebenfalls Veranlassung zu Controversen geworden ist, nämlich l. 14 pr. C. de serv. Er berichtet zuerst von einer den „libri Sabiniani“ entnommenen Streitfrage über die Länge der Verjährung, falls eine Wegegerechtigkeit in jedem Quinquennium nur an einem Tage geübt werden könne, und führt eine der verschiedenen Meinungen darüber an, wonach die Nichtbenutzung in zehn Jahren die Servitut aufhebe „singulo die quinquennio pro anno numerando“. Seine eigene Entscheidung giebt er dann mit Berufung auf seine Verlängerung der Verjährungszeit bis zehn und zwanzig Jahre dahin: ut in proposita specie, si per quatuor quinquennia nec uno die vel ipse vel homines eius eadem servitute uti sunt, tunc eam penitus amittat viginti annorum desidia. Denn wer so lange die Servitut nicht geübt habe, bei dem entstehe das Verlangen darnach erst sehr spät, (sera poenitentia — desiderat) *). Wie Justinian

*) Sehr spitzfindige, aber unsers Erachtens ganz unrichtige Folgerungen macht Unterholzner (a. a. O. S. 232) aus dieser Stelle. Justinian soll darnach hier durchaus auf dem Boden des alten Rechts stehen bleiben, wonach die Verjährungszeit verdoppelt ward, wenn die Servitut nur an jedem zweiten Tage ausgeübt werden konnte (ja nach Unterholzners Auffassung verdreifacht, vervierfacht u. s. f. wenn es nur an jedem dritten Tage u. s. f. möglich war) und soll diese Verdoppelung hier der Natur der Sache gemäß verwerfen, weil ja innerhalb jedes Quinquenniums, so lange noch nicht geübt ist, jeder Tag zur Ausübung brauchbar sei und also, wenn er nicht benutzt werde, als Unterlassungstag gezählt werden müsse, so daß in zehn Jahren 10 mal 365 Tage abgelaufen seien, wie das Gesetz sie zur Verjährung fordere. Aber dasselbe Raisonnement ist möglich, wenn bestimmt ist, daß ein Monat im Jahre geübt werden soll, da dann auch in jedem Jahr, so lange die Ausübung noch nicht geschehen ist, an jedem Tage geübt werden kann, — und doch sagt die l. 7 quemadm. serv. am., wo Paulus jene Verdoppelung der Verjährungszeit lehrt: Si ita constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo, quum uti non potest, non sit usus etc. Darnach wär also Verdoppelung schon nöthig, wenn nicht fort-

dazu kommt, quatuor quinquennia als die Verjährungszeit für eine ſolche Servitut anzunehmen, iſt nicht recht erſichtlich, da bei Einhaltung der regelmäßigen Verjährungszeit doch nur in dem Falle der Abweſenheit des Servitutberechtigten vier Quinquennien entſtehen und es ſonſt doch nur zwei ſind. Man hat oft geſagt, Juſtinian denke nur an die Fälle der Abweſenheit, — aber da iſt ihm doch, zumal er eben die Dauer der von ihm regulirten Verjährungszeit angegeben hat, eine zu große Nachläſſigkeit in der Sprache vorgeworfen, und die Begründung ſeiner Entſcheidung würde ſich auch ganz anders ausnehmen, wenn ſie auch für eine Verjährung von zwei Quinquennien paſſen ſollte. So auffallend es allerdings bleibt, daß Juſtinian, wenn er eine neue Verjährungsfriſt einführen wollte, dies ſo kurz abmacht, ſo wird doch keine andere Erklärung möglich ſein, als daß bei ſolchen Servituten, wie die hier erwähnte, die Verjährungszeit ohne Rückſicht auf die Anweſenheit oder Abweſenheit des Servitutinnehabers zwanzig Jahre beträgt. Welche Servituten nun freilich weiter dieſer Kategorie zugewieſen ſind, iſt bei dem gänzlichen Mangel an innern Kriterien ſchwer zu ſagen, und wird man etwa für alle die Servituten die längere Verjährungszeit in Anwendung bringen müſſen, die nicht in jedem Jahre ausgeübt werden können. Juſtinians Geſetzgebung hat uns alſo hier faſt nur Unſicherheit und Schwanken gebracht, wenngleich es daran auch ſchon früher nicht fehlte, da, wie eben dieſe l. 14 C. beweißt, auch die Namen der alten Verjährung für ſolche, natürlich nur ſeltene Servituten, die nur in weiten Zwiſchenräumen ausgeübt wurden, nicht paßten. Daraus, daß die l. 7 quemadm. serv. am. mit den alten Grundſätzen über Verdoppelung der Verjährungszeit in das

---

geſetzt ein Tag nach dem andern die Uebung möglich war, und darum wird ſich auch in den obigen Fall eine Verlängerung der Verjährungsfriſt nach dem alten Rechte von ſelbſt ergeben haben. Von einer Verdreifachung, Vervierfachung u. ſ. f. iſt auch nirgends eine Spur zu finden, und wohin ſollte man ſonſt auch kommen, wenn z. B. eine Servitut jedesmal nur an einem beſtimmten Tage des Jahrs geübt werden könnte, alſo 364 Tage dazwiſchen lägen, die nicht als Ausübungstage gerechnet werden dürften, oder gar erſt alle Paar Jahr am beſtimmten Tage geübt werden dürfte!

Corpus Juris recipirt iſt, wird der l. 14 gegenüber nicht das Fortbeſtehen derſelben bewieſen werden können, da bei der Verfahrungsweiſe der Compilatoren eine ſolche vereinzelte Stelle zu leicht hinein gekommen ſein kann, ohne daß ſie ſich deren Bedeutung völlig bewußt geworden ſind.

Servituten zu Gunſten der Kirchen und milden Stiftungen werden nach Juſtinian's Nov. 111 c. 1 und Nov. 131 c. 6 erſt in 40 Jahren erlöſchen, da dieſe Verjährung unter dem allgemeinen Ausdruck praescriptio von ihm einbegriffen zu ſein ſcheint.

§. 74.

Wegfall eines der Erforderniſſe der Realſervituten.

In der herrſchenden Sache lernten wir früher die Trägerin und Vermittlerin der Realſervituten kennen, durch welche nicht nur der Anſpruch auf letztere erworben, ſondern auch erhalten werden muß, welche den Maaßſtab für deſſen Umfang bildet, und deren Beſitz die Bedingung für die Ausübung der Servitut iſt. Wer die herrſchende Sache verliert, verliert daher auch die Servitut, und geht jene gänzlich zu Grunde, ſo muß auch dieſe damit erlöſchen. Doch nur der gänzliche Untergang derſelben hebt die Servitut ganz auf; ein theilweiſer Untergang muß ſie in Gemäßheit der früher für die Theilung der herrſchenden Sache aufgeſtellten Grundſätze (§ 11 S. 103) um eine entſprechende Quote mindern, und eine bloße Umgeſtaltung der herrſchenden Sache bleibt ohne Einfluß auf den Beſtand ihrer Servituten[a]).

---

a) Jhering [Geiſt des Röm. Rechts Bd. II S. 253] ſtellt den Satz auf, daß die serv. praediorum urbanorum erloſchen ſeien, ſobald das individuelle Gebäude, für welches die Servitut beſtellt war, in irgend einer Weiſe zerſtört war, und daß nur die serv. praed. rusticorum am Grund und Boden ſelbſt geklebt hätten, und findet darin den Unterſchied zwiſchen ſtädtiſchen und ländlichen Servituten. Die Conſtituenten ſollen befugt geweſen ſein, die Servitut entweder an den Boden oder an die superficies zu knüpfen und ſie damit der einen oder andern Klaſſe zuzuweiſen. Poſitive Belege für dieſe Anſicht ſollen aus l. 20 § 2 de S. P. R. 8, 2 entnommen werden, wo Paulus ſagt:

Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem

Es entſteht aber die Frage, wie verhält es ſich damit, wenn durch dieſe Umgeſtaltung der herrſchenden Sache, oder auch durch

---

specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur; nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur, et ideo sublato aedificio ususfructus interit, quamvis area pars est aedificii.

Allein, wenn hier geſagt wird, aus Nützlichkeitsgründen ſei der Satz angenommen, daß die Servitut nicht bloß zu Gunſten des urſprünglichen Hauſes, ſondern auch zu Gunſten aller ſpäter auf derſelben Stelle gebauten Häuſer ausgeübt werden könnte, falls dieſe nur durch ihre Bauart die Laſt nicht vergrößerten, ſo wird damit keineswegs eine Beſonderheit der serv. stillicidii ausgeſprochen, ſondern etwas, was allen Servituten, die zu Gunſten von Gebäuden beſtehen, gemeinſam iſt, ſo daß denn auch Paulus für eine andere ſtrengere Auffaſſung nicht ein Beiſpiel aus ihrem Kreiſe erbringen kann, ſondern ſich auf den Ususfruct berufen muß. Ebenſo kann aus der l. 13 pr. de S. P. R. 8, 3 nichts für die Iheringſche Anſicht gefolgert werden; denn dort ſagt Javolen: eine Servitut kann auch für ſo lange einem Acker erworben werden, als er derſelben Art angehört, z. B. ein Weinberg bleibt; denn die Servitut (und nichts deutet darauf, daß bloß von ländlichen Servituten die Rede iſt) gehört regelmäßig mehr dem Grund und Boden, als der Superficies (worunter hier alſo die Einrichtungen begriffen ſind, die jetzt den Acker zu dieſem ſpeciellen Weinberg machen). Nach Wegnahme der Weinſtöcke dauert daher die Servitut noch fort; wenn aber bei der Servituterrichtung Anderes verabredet iſt, ſo wird daſſelbe durch eine exceptio doli mali aufrecht erhalten. — Wäre aber der Sinn dieſer Stelle, durch die Conſtituenten kann jede Servitut zur serv. praediorum urbanorum gemacht werden und erlöſcht daher mit Wegräumung der Superficies, ſo müßte doch der Untergang der Servitut auch unmittelbar mit der Aenderung der herrſchenden Sache erfolgen; daraus, daß aus der letztern nur eine exceptio doli mali abgeleitet werden kann, erſehen wir, daß es ſich in dieſer Stelle nur um die Beifügung einer Reſolutivbedingung handelt, welche denn ganz nach den allgemeinen für die Realſervituten gegebenen Regeln (vgl. § 19 S. 176) beurtheilt wird. Ihering beruft ſich jedoch hauptſächlich auf die ganze Conſequenz der römiſchen Servitutentheorie; aber eben die ſcheint uns gegen ſeine Anſicht zu ſprechen. Denn nach dieſer würden z. B. Servituten niemals zu Gunſten künftiger Gebäude haben beſtellt werden können, da ſonſt zur Zeit bis zur Erbauung des Hauſes Realſervituten beſtänden, ohne daß ſie von einer herrſchenden Sache getragen würden; gleichwohl aber ſagt namentlich Pomponius in l. 23 § 1 de S. P. U. 8, 2: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitus potest. Auch wäre

eine Umgestaltung der dienenden, oder durch Veränderungen, die auf den Grundstücken vorgehen, welche zwischen beiden liegen, die nothwendigen Erforderniſſe der Realservituten, als da sind Nützlichkeit, perpetua causa und Vicinität, aufgehoben werden. Wir haben früher [§§ 16—18] gesehen, wie keine Realservitut entstehen kann, welcher eins dieſer Erforderniſſe fehlt, — die Consequenz verlangt, daß nun auch jede Realservitut alsbald erlösche, sobald eins dieſer Erforderniſſe durch spätere Ereigniſſe gänzlich wegfällt. Tritt aber der Ausübung der Servitut nur ein temporäres Hinderniß entgegen, welches ſie entweder unbrauchbar, oder doch unnütz macht, aber das Fundament der Servitut nicht gänzlich vernichtet, ſo iſt ſie zwar für ſo lange ſuspendirt, aber nach Beſeitigung des Hinderniſſes lebt ſie wieder auf, vorausgeſetzt, daß ſie nicht inzwiſchen durch Verjährung untergegangen iſt. Demgemäß ſagt Ulpian in l. 6 si serv. vind. 8, 5: wenn eine serv. altius non tollendi beſtände und auf dem Grundſtück, das zwiſchen dem herrſchenden und dienenden läge, ein Gebäude aufgeführt würde, welches die Ausſicht ſchon völlig verbaue, ſo könne der Servitutberechtigte nicht hindern, daß nun auch auf dem dienenden Grundſtück gebaut werde; wenn aber vor der Erſitzung der Freiheit das zwiſchenliegende Haus wieder niedergeriſſen würde, ſo habe er auch wieder ſeine Klage auf Niederreißung des ſervitutwidrig Gebauten. Wir ſehen auch hier wieder, daß die Erbauung eines Hauſes nicht als eine ſolche dauernde und unwiderrufliche Umgeſtaltung des Grund und Bodens erſcheint, daß der Möglichkeit, daß das Haus in Kürze wieder verſchwindet, keine Rechnung getragen zu werden braucht (vgl. § 70 S. 762).

Iherings Satz dem in Rom allgemein zu Tage tretenden und im Rechte mannigfach anerkannten Streben, die Stadt möglichſt mit ſchönen und eleganten Gebäuden zu ſchmücken, gewiß oft hemmend entgegengetreten, und die utilitas, auf die ſich Paulus in l. 20 cit. für die Fortdauer der Lichtgerechtigkeit zu Gunſten ſpäterer Gebäude beruft, d. h. hier ſpecialiſirt, die Intereſſen der Baupolizei forderten dieſe Fortdauer für alle Servituten, damit nicht die Servitutberechtigten, wenn ſie ſich die für ihr Haus vielleicht ſehr nöthigen oder doch werthvollen Gerechtigkeiten erhalten wollten, jeden Neubau unterlaſſen und durch ſtückweiſes Repariren und darum in unſchöner und oft unzweckmäßiger Weiſe das alte Gebäude künſtlich verewigen mußten.

Den hier aufgeſtellten Sätzen ſcheint es aber durchaus nicht zu entſprechen, daß Paulus in l. 7 § 1 comm. praed. 8, 4 und Marcellus in l. 13 quemadm. serv. 8, 6 entſcheiden, eine Wegeſervitut werde nur ſuspendirt und gehe vor Ablauf der Verjährungszeit noch nicht unter, wenn das zwiſchen dem herrſchenden und dienenden Grundſtück belegene und dem Servitutberechtigten ſeither eigenthümlich gehörige Grundſtück von dieſem ohne Vorbehalt der Servitut veräußert werde, ſo daß die Wegeſervitut jetzt nicht mehr zu Gunſten des herrſchenden Grundſtücks geübt werden könne. Da hier die Servitut gänzlich unbrauchbar geworden iſt, und zwar in ſolcher Weiſe, daß eine baldige Beſeitigung des Mangels durchaus nicht mit Sicherheit erwartet werden kann, zumal ſolche nicht allein vom Willen des Servitutberechtigten abhängt, ſondern von den Eigenthümern der zwiſchenliegenden Grundſtücke, ſo ſollte man glauben, die Servitut müßte alsbald untergehen, und es dürfte nicht abgewartet werden, daß die Befugniß, auch auf dem Zwiſchenſtück zu gehen, in irgend einer Weiſe erſt erworben werde. Die römiſchen Juriſten ſcheinen aber zu einer andern Anſicht durch die Betrachtung bewogen zu ſein, daß, wo eine Servitut errichtet werden kann, da müſſe eine errichtete auch fortdauern; nun aber war es meiſten Theils unmöglich oder doch höchſt umſtändlich, eine Wegeſervitut nach einem beſtimmten Ziel hin über die mehreren zwiſchen liegenden Grundſtücke in ein und demſelben Moment zu errichten, und doch war die Befugniß jedem einzelnen Grundſtück gegenüber unnütz, wenn ſie nicht auch an den andern beſtand. Es hätte alſo jede unter der Bedingung beſtellt werden müſſen, daß auch auf den andern Grundſtücken gegangen werden dürfe; bedingte Realſervituten aber ſuchte das Recht durchaus zu vermeiden (vgl. § 19 S. 176), und ſo nahm es an, daß, wie wir ſchon früher ausführten, vorläufig intermiſtiſche Servituten entſtänden, die ſich erſt mit dem Moment, wo auch das letzte Grundſtück belaſtet ward, zu einer einzigen Servitut vereinigten. Wird dieſe aber wieder dadurch aufgelöſt, daß ein Grundſtück aus dem Bande ausſcheidet, ſo leben nach den obigen Entſcheidungen die früheren intermiſtiſchen Servituten wieder auf. Wir können in jenen Stellen daher nur eine ſinguläre Beſtimmung für die Servituten

ſehen, die ſich über mehrere Grundſtücke erſtrecken und doch eine Einheit bilden[b]).

b) Dahin gehört auch nach dem früher Dargeſtellten der Fall, wenn eine Wegeſervitut in der Weiſe an zwei Grundſtücken beſteht, daß jedes derſelben einen Theil contribuiren muß, um dem Wege die erforderliche Breite zu geben, nur daß dann, wenn ſchon *eins* der Grundſtücke ſo viel hergiebt, daß ſich auch darauf allein möglicher Weiſe eine Wegeſervitut üben läßt, die Ausſcheidung des andern Grundſtücks aus dem Servitutennexus keineswegs zur Folge hat, daß die Servitut auch auf jenen ſuspendirt wird, vielmehr kann der bleibende ſchmälere Weg jeder Zeit benutzt werden. Dies erkennt auch Celſus in l. 6 §. 1 quemadm. serv. amit. für den beſondern Fall an, da nach Beſtellung der Servitut das dienende Grundſtück körperlich ſo getheilt ward, daß die Theilungslinie auch den Weg in zwei neben einander herlaufende Wege zerlegte (si per latitudinem viae fundus divisus est; dieſe Worte ließen allerdings auch noch eine andere Ueberſetzung zu, aber der Zuſammenhang zeigt, daß nur jener Sinn möglich iſt). Dann aber fährt er fort: Certe si is, cui servitus debebatur, alterum ex ea divisione redemerit, num ideo minus ea re fundi alterius servitus permanebit? Nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam fundo altero manente servo, si modo et ab initio potuit angustior via, quam lege finita est, et *adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa servitus non est, ut sufficiat viae. Quodsi minus loci superest, quam viae sufficiat, utergue fundus liberabitur*, alter propter redemtionem, *alter, quia per eum locum, qui superest, via constitui non potest.* Es iſt in dieſer Entſcheidung etwas doppeltes auffallend, einmal nämlich, daß Celſus die Servitut alsbald erlöſchen und nicht bloß ſuspendiren läßt, falls ſie wegen Untergang auf dem einen Grundſtück auf dem andern nicht mehr geübt werden kann, da es doch immer möglich bleibt, daß ſie vor Ablauf der Verjährungszeit auf jenem wieder hergeſtellt werden kann. Man wird wohl zur Erklärung annehmen dürfen, daß Celſus hier ein anderes Princip, wie die im Text beſprochenen Entſcheidungen gar nicht aufſtellen will, ſondern daß er nur den nächſten Erfolg, der auch in den meiſten Fällen der einzigſte bleibt, im Auge hat: die Servitut darf ſtets alsbald nicht mehr geübt werden, weil ſie keinen Nutzen bringt; daß ſie wieder aufleben kann, läßt er außer Acht. Auffallender iſt aber noch, daß Celſus überhaupt anerkennt, daß die Servitut wegen Ankauf des einen Grundſtücks auf dem andern erlöſchen kann, obgleich doch der Berechtigte von dem eigenen Grundſtück ebenſo viel zu dem Wege zuſchießen kann, als er ſeither vermöge ſeiner Servitut von demſelben in Anſpruch nahm, und alſo die Dienſtbarkeit des andern Grundſtücks für ihn ebenſo nützlich iſt, wie früher; für den analogen Fall, wenn der Weg ſucceſſiv

§. 75.

Die den Perſonalſervituten eigenthümlichen Erlöſchungsarten.

Die Perſonalſervituten ſind vermöge ihrer rechtlichen Natur ſtets von ihrer Errichtung an in der Weiſe an eine beſtimmte Perſon geknüpft, daß ſie auf die Lebensdauer derſelben beſchränkt ſind und mit ihrem Tode ipso iure erlöſchen[a]). Wie dieſe Perſon aber nach der ſpätern Entwickelung des Rechts keineswegs immer der Berechtigte ſelbſt zu ſein braucht, ſondern wie man auch einen Uſusfruct inne haben kann, der nur mit dem Tode eines Dritten erlöſchen ſoll, geht aus dem § 27 S. 226 und § 28 S. 251 Ausgeführten hervor. Es iſt jetzt auch ein Uſusfruct möglich, der von vorne herein auf fremden Namen geſtellt iſt[b]).

Daß für die regulären Perſonalſervituten [Uſusfruct und Uſus] jede capitis deminutio jener Perſon, an die ſie geknüpft ſind, die

---

über mehrere Grundſtücke läuft, entſcheiden ja auch l. 31 de S. P. R. 8, 3 und l. 15 quemadm. serv. am. 8, 5, daß dann, wenn der Berechtigte eins dieſer Grundſtücke erwirbt, die Servitut an den andern fortbeſtehe und zwar, wie die letztere Stelle ausdrücklich ſagt, quia toties servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quem pertineat, non potest (ſ. S. 88). Daß Celſus in unſerm Fall nun doch die Servitut auch da untergehen läßt, wo ſie noch gebraucht werden kann, vermag ich nur dadurch zu erklären, daß er ſie in einer allerdings unbeholfenen und der ſpätern freieren Behandlung des Servitutenrechts nicht entſprechenden Weiſe unter eine der herkömmlichen Kategorieen unterbringen zu müſſen glaubte, und ſie allerdings ſo, wie ſie jetzt nur noch an dem einen Grundſtück beſtand, weder iter noch actus war, da man ja auf dem von ihr geſchaffenen Raum weder gehen noch fahren konnte. Da ihr alſo ein Namen fehlte, verwarf er die ganze Servitut, obgleich ſie doch allen Anforderungen entſprach, welche ſonſt an Realſervituten geſtellt werden.

a) Vgl. § 12 S. 112. Ueber die wahrſcheinliche Ausnahme bei den operae servorum ſ. § 61 S. 641; über die analoge Ergänzung obigen Satzes für Perſonalſervituten zu Gunſten juriſtiſcher Perſonen ſ. § 12 S. 115; über die beſondern Vorſchriften Juſtinians rückſichtlich der Perſonalſervituten zu Gunſten von Hausſöhnen und Sklaven ſ. § 12 S. 113.

b) Durch Retention beim Verkauf läßt ſchon Celſus in l. 7 de act. emt. vend. 19, 1 ſolchen entſtehen. Vgl. § 65 S. 713.

gleiche Bedeutung hat, wie deren Tod, iſt auch mit Nothwendigkeit aus dem Weſen derſelben hervorgegangen. Denn da das ältere Recht die Perſonalſervituten nur in der Weiſe kannte, daß der Berechtigte ſelbſt nothwendig jene Perſon war, an die ſie geknüpft waren, — ein Verhältniß, das auch immer das regelmäßige blieb, — ſo konnte, um zunächſt die capitis deminutio minima ins Auge zu faſſen, kein Uſusfruct oder Uſus mit Hausſöhnen oder Sklaven verbunden ſein, ſondern wenn dieſe ſolchen erwarben, ſo war es, als ob der Vater oder Herr ihn ſelbſt erworben hätte, und er endete mit deſſen Tode c). Der Träger der Servitut war alſo dadurch immer ein homo sui iuris und konnte nur in der Weiſe eine capitis deminutio erleiden, daß er fremder Gewalt unterworfen ward. Damit ging ſein geſammtes Vermögen, ſoweit es nicht unterging, auf ſeinen künftigen Gewalthaber über, und es hätten alſo auch die Perſonalſervituten nicht allein dieſem als Berechtigten nunmehr zuſtehen, ſondern auch ihr Umfang und ihre Dauer von da an nach deſſen Perſon bemeſſen werden müſſen, wie wenn ſie jetzt erſt vom Hausſohn erworben würden. Hätte das Recht dies zugelaſſen, ſo hätte es eine gänzliche Umgeſtaltung der Servitut ohne die Mitwirkung des Eigenthümers der belaſteten Sache geſtattet; da es dies nicht wollte, der ſeitherige Innehaber aber unfähig geworden war, ein Vermögensrecht für ſich zu haben, ferner das Auskunftsmittel, daß der Arrogator u. ſ. w. das Recht ganz ſo erhielt, wie es beim Adoptivſohn geweſen war, und alſo einen Uſusfruct auf fremden Namen inne hatte, noch nicht gefunden war, und da endlich auch das Streben mitwirken mochte, die Anwendung der Perſonalſervituten möglichſt zu beſchränken, ſo blieb nichts übrig, als Uſusfruct und Uſus in ſolchem Falle wegen Mangels eines Trägers untergehen zu laſſen. Ganz daſſelbe galt da, wo der Servitutberechtigte eine capitis deminutio maxima erlitt, und deßhalb ſein Vermögen auf ſeinen neuen Herrn überging; wurde er nur servus poenae und alſo Sklave ohne einen Herrn, ſo war er ſelbſt doch unfähig geworden ein civiles Recht in Anſpruch zu nehmen, und mußte ſchon deßhalb die Servitut erlöſchen. Das letztere fand auch dann ſtatt, wenn er

c) L. 5 § 1, l. 18 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 17 de usu 7, 8.

eine capitis deminutio media erlitten hatte; aus welchem Grunde er auch Peregrinus geworden war, als ſolcher konnte er doch nicht mehr mit der Intention auftreten: *ius* mihi est utendi fruendi, und analoge auch für Peregrinen anwendbare Rechtsbildungen, in welches ſich ſein früheres civiles Recht hätte umbilden können, kannte das ältere Recht nicht und mußte deßhalb die Perſonalſervituten untergehen laſſen.

Dies waren die Gründe, in Folge deren das Recht zu dem Satz gelangt war, Uſusfruct und Uſus erlöſchen durch jede capitis deminutio. Es hielt daran feſt, auch nachdem die Gründe, die ihn hervor gerufen hatten, zum Theil hinweg gefallen waren, indem dieſer Satz ſchon zu einer der Grundregeln dieſer Servituten geworden und mit denſelben ſo verwachſen war, daß die Conſtituenten ihn bei der Errichtung immer im Auge zu haben pflegten, und man annehmen konnte, daß wenn ſie die Mittel nicht benutzt hatten, die das Recht ihnen an die Hand gab, um ſeine Folgen in dem einzelnen Fall zu vermeiden, er auch in ſeiner ganzen Conſequenz ihrem Willen entſpräche. Dieſe Umgehungsmittel beſtanden aber da, wo die Servitut durch Geſchäfte unter Lebenden errichtet wurde, darin, daß alsbald für den Fall, daß die zunächſt beſtellte Servitut durch cap. diminutio erlöſchen würde, weitere eventuelle Servituten derſelben Art und deſſelben Inhalts zu Gunſten des deminutus beſtellt wurden. Da, wo die Servitut durch letztwillige Verfügung entſtand, brauchte bei der Beſtellung der weitern eventuellen Servituten gar nicht einmal die Bedingung: wenn der Uſufructuar oder Uſuar eine capitis deminutio erleiden ſollte, ausdrücklich erwähnt zu werden, indem ganz allgemein der Satz galt: die capitis deminutio des Honorirten bleibt ohne Einfluß auf die Wirkſamkeit des Legats einer Perſonalſervitut, wenn ſie vor dem dies cedes deſſelben eingetreten iſt[d]). In dieſer Regel liegt etwas Auffallendes, zumal ſie häufig dem muthmaßlichen Willen des Teſtators gar nicht ent-

d) L. 1 § 1 quib. mod. usufr. 7, 4. Sed ita demum amittitur capitis deminutione ususfructus, si iam constitutus est, ceterum, si ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti.

ſprochen haben und ſich auf denſelben nicht zurückführen laſſen wird. Denn wenn darnach auch wohl das Legat zu Gunſten eines Hausſohns fortdauern ſollte, wenn der Hausſohn inzwiſchen sui iuris ward, wie immer dies auch geſchehen mochte, da der Teſtator ſonſt ja nicht ihn, ſondern ſeinen Vater genannt haben würde, falls er nur den hätte bedenken wollen, ſo wird doch da, wo einem homo sui iuris ein Uſusfruct oder Uſus legirt wird, keineswegs haben geſagt werden können, der Teſtator habe damit auch den bedenken wollen, der etwa ſpäter die Gewalt über den Honorirten erwerbe, ſo daß es ſeinem Willen entſpreche, wenn nunmehr der Inhalt und Umfang des Legats aus der Perſon dieſes letztern beſtimmt würden. Vielmehr iſt die capitis deminutio eines homo sui iuris ein ſo ſeltenes und ungewöhnliches Ereigniß, daß man nicht leicht wird nachweiſen können, der Teſtator habe an ſie gedacht, und auch für dieſen Fall ſeine Verfügung getroffen. Wenn nun dennoch der obige Satz von der römiſchen Jurisprudenz feſtgehalten wird, ſo hängt das unſers Erachtens zuſammen mit der ſchon oben beſprochenen und in mehrfachen Conſequenzen zu Tage tretenden beſondern Natur der Legate von Perſonalſervituten, indem ſelbſt da, wo ihnen äußerlich keine Bedingung oder kein Zeitpunkt beigefügt iſt, es doch als Bedingung gilt, daß der Honorirte den Moment der Erbſchaftsantretung erlebe (vgl. § 66 S. 725), und daher die Gültigkeit des Legats lediglich nach dieſem Momente beurtheilt werden muß. Daß die römiſche Jurisprudenz dieſen Geſichtspunkt ſo ausſchließlich hervorhob und nicht auf den Willen der Conſtituenten im einzelnen Falle mehr einging, mag damit zuſammenhängen, daß ſich gegen die eingreifenden Wirkungen der capitis deminutio minima, und für ſolche galt der obige Satz von der Gültigkeit eines Legats wohl nur, eine gewiſſe Oppoſition erhob, die mit der ganzen Entwicklung des ſpätern Rechts zuſammen hing.

Um nun alſo den Untergang eines legirten Uſusfructs oder Uſus durch capitis deminutio dem Erfolge nach zu vermeiden, konnte der Teſtator nicht nur unter der ausdrücklichen Bedingung, daß der frühere erloſchen ſei, eine weitere Servitut deſſelben Inhalts beſtellen, und dies mehrmals wiederholen[e]), ſondern es genügte ſchon,

e) Vgl. z. B. l. 3 § 2 ufr. quemadm. 7, 9; l. 8 de ann. leg. 33, 1.

wenn er einen Zuſatz machte, wie quoad vivet, da dieſer ſonſt keine Bedeutung hätte [f]), und ſelbſt wenn die Servitut für eine beſtimmte Anzahl von Jahren legirt wurde, ward angenommen, der Teſtator wolle ſie für ſo lange aufrecht erhalten haben, möge auch der Honorirte innerhalb derſelben eine Deminution erleiden, und man ſah alſo auch darin Beſtellung neuer eventueller Servituten [g]). Aber auch dann, wenn der Teſtator irgendwie ausgedrückt hat, daß er das Legat ſich nicht als einziges, ſondern als das einer Reihe von temporär beſchränkter, ſucceſſiver Servituten dachte, indem er z. B. den Uſusfruct in annos singulos vermacht hat, ſoll durch die Deminution immer nur die eine Servitut, deren dies cedens ſchon verfloſſen, deren Endtermin aber noch nicht eingetreten iſt, d. h. der Uſusfruct für das laufende Jahr verloren gehen [h]), und mit Anfang des folgenden Jahres beginnt der neue Uſusfruct ganz wie er es ohne die Deminution gethan haben würde, und daſſelbe findet ſtatt, wenn die Servitut etwa nur ein um das andere Jahr, Monat oder Tag beſtand.

Der Untergang der Perſonalſervituten durch capitis deminutio minima mußte im juſtinianeiſchen Rechte, zumal ſeitdem das Vermögen der Hauskinder nicht mehr nothwendig mit dem des Gewalthabers zuſammenfiel, als eine durchaus ſinguläre Inſtitution erſcheinen, für die man in den damaligen Rechtszuſtänden vergebens nach einem Grunde ſuchte, und deßhalb verfügte auch Juſtinian bei ſeiner Reviſion der Aufhebungsarten des Uſusfructs in l. 16 C. de usufr. 3, 33 im § 2 daſelbſt, ein Uſusfruct ſolle nur untergehen mit dem Tode ſeines Trägers und der capitis deminutio, quae vel libertatem vel civitatem Romanam possit adimere [i]).

Ueber die dem Uſusfruct eingenthümliche Erlöſchungsweiſe in Folge des Eintritts eines ihm bei der Errichtung geſetzten Endtermins oder einer damals beigefügten Reſolutivbedingung haben wir ſchon oben § 22 S. 193 geſprochen.

f) L. 3 pr. quib. mod. usufr. 7, 4; l. 62 § 2 de evict. 21, 2.

g) L. 3 pr. quib. mod. usufr.

h) L. 23 de usufr. leg. 33, 2; l. 1 § 3 quib. mod. usufr.

i) Vgl. § 3 J. de usufr. II, 4.

Vierte Abtheilung.

Der

Rechtsschutz der Servituten.

Vierte Abtheilung.

Der Rechtsſchutz der Servituten.

Erſtes Kapitel.

Actiones.

§. 76.

Die confeſſoriſche Klage.

Aus den Zeiten der alten legis actiones iſt uns ein directes Zeugniß über den Servitutenproceß nicht erhalten; doch werden wir aus der Verwandſchaft zwiſchen Eigenthum und Servituten, die auch ſpäter bei beiden Inſtituten ein ähnliches Verfahren hervorrief, darauf ſchließen können, daß auch auf dem Wege der legis actio sacramento die Frage, ob eine Servitut vorhanden und verletzt ſei, zum rechtlichen Austrag kam[a]). Als ſich der Formularproceß entwickelte, ſcheint zunächſt nur eine confeſſoriſche Formel für den Uſusfruct, ſo wie eine negatoriſche gegen Anmaßung deſſelben aufgeſtellt zu ſein, und erſt nach dieſem Vorbild werden auch für die übrigen Servituten die Formeln gebildet ſein[b]). Nach den bei Gaius und in den Pandekten enthaltenen Andeutungen[c]), ſo wie nach dem Be-

a) Vgl. Keller, der römiſche Civilproceß § 15.

b) L. 2 si serv. vind. 8, 5. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria.

c) Gai. IV § 3; l. 5 si usufr. pet. 7, 6; l. 9 si serv. vind. 8, 5; l. 22 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

richt, welchen Theophilus (zu § 2 J. de action. IV, 6) und Stephanus in ſeinem Commentar geben, muß die Formel zur Geltendmachung des Uſusfructs regelmäßig etwa ſo gelautet haben:

> Titius iudex esto. Si paret Ao Ao ius esse utendi fruendi fundo Corneliano q. d. a. neque Ns Ns arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit, Nm Nm condemna, s. n. p. a.

Handelte es ſich um poſitive Realſervituten, ſo lautete die Intention etwa: si paret Ao Ao ius esse eundi agendi in fundo C., oder ex fundo C. aquam ducendi, oder fumum immittendi in domum Ni Ni, oder in Ni Ni agrum aedificare, oder wo nur ein bereits hergeſtellter Zuſtand geſchützt werden ſollte: si paret Ao Ao ius esse in Ni Ni agrum aedificatum habere[d]).

Für negative Servituten werden wir eine doppelte Form der Intention annehmen dürfen. Allerdings wird uns nur eine davon in den Quellen unmittelbar bezeugt, nämlich die: Si paret ius non esse No No invito Ao Ao[e]) aedes suas altius tollere, oder in

---

d) § 2 J. de act. IV, 6; l. 17 comm. praed. 8, 4; l. 8 § 5, l. 9 pr. si serv. vind. 8, 5. — Nach Schmidts von Ilmenau Ausführung (in der Zeitſchrift für geſch. R. W. Bd. XV S. 163) hätten alle Formeln aus dinglichen Servituten den Zuſatz: invito No No bedurft, der ſich auch in allen für dieſe Art von Servituten überlieferten Formeln, dagegen nicht in denen, welche auf den Uſusfruct gehen, ausgedrückt finde (a. a. O. S. 161). Allein, wie die citirten Stellen zeigen, iſt er auch da, wo poſitive Realſervituten confeſſoriſch eingeklagt werden, nicht erwähnt, und er iſt auch nicht aus bloßem Zufall und als Selbſtverſtändniß weggelaſſen, ſondern ein Bedürfniß war unſers Erachtens für denſelben hier gar nicht vorhanden. Denn daß, wie Schmidt annimmt, die Zuſtändigkeit der Servitut grade gegen dieſen Beklagten erwieſen werde, war ſo wenig nöthig, wie etwa die Intention: si paret, hanc mensam meam esse, des Zuſatzes invito No No bedurfte; — es handelte ſich ja um ein abſolutes Recht, das, wenn einmal ſeine Exiſtenz bewieſen war, jedem und auch dem Beklagten gegenüber wirkſam war, das aber zu ſeiner nothwendigern Vorausſetzung keineswegs irgend eine beſondere Beziehung auf die Perſon des Beklagten hatte, ſo daß deren auch nicht, ſo lange es ſich in der Formel noch um den Nachweis der Servitut handelte, erwähnt zu werden brauchte.

e) Dieſes Zuſatzes bedurfte es hier, weil die bloße Negation des Rechts des Ns Ns dem As As noch kein Recht zur Klage giebt. Es wird durch

agro C. aedificare, oder aedificatum habere, oder in eo loco ea posita habere f). Auf die andere weißt nur die Analogie der negatoriſchen Klage hin. Denn während dieſe, ſobald ſie negativen Servituten z. B. der serv. altius non tollendi entgegentrat und deßhalb poſitiv gefaßt ſein mußte [Si paret ius Ao Ao esse altius tollere invito No No] g), nur in einer Form überliefert wird, beſtanden für den Fall, wo ſie poſitiven Servituten entgegen trat, zwei Formen, die eine, welche rein das gegneriſche Recht negirte: Si paret ius non esse Ao Ao invito No No in fundo C. eundi agendi, aquam immittendi u. ſ. w. h), die andere, welche poſitiv das Recht zu verbieten in Anſpruch nahm: Si paret Ao Ao ius esse prohibere Nm Nm altius tollere, oder prohibere Nm. Nm. uti frui i). Eine entſprechende Formel mag auch für die confeſſoriſche Klage gegeben ſein, falls ſie eine negative Servitut ſchützen ſollte, und etwa gelautet haben: Si paret Ao Ao ius esse prohibendi Nm Nm aedes suas altius tollere. Daß ſich freilich an dieſen Unterſchied materielle Folgen geknüpft haben, und daß bald nur die eine, bald nur die andere dieſer beiden Formeln gebraucht werden konnte, läßt ſich mit

---

dieſen Zuſatz der Richter angewieſen, die Activlegitimation zu prüfen, wie derſelbe auch bei den negativ gefaßten negatoriſchen Klagen zu gleichem Zweck verwendet wird.

f) L. 4 de S. P. U. 8, 2; l. 15 de O. N. N. 39, 1; l. 1 § 4 de remiss. 43, 25.

g) L. 4 § 7 si serv. vind.; l. 15 de O. N. N. 39, 1. Das invito No. No. rechtfertigt ſich hier dadurch, daß nur unterſucht werden ſoll, ob der Verklagte eine serv. altius non tollendi hat, nicht ob überhaupt zu Gunſten irgend jemandes eine an dem Grundſtück des Klägers beſteht. Deßhalb durfte Schmidt dieſe Formel nicht benutzen, um ſeine Behauptung für die confeſſoriſche Klage zu rechtfertigen.

h) L. 36 de S. P. U. 8, 2; l. 8 § 5, l. 9 pr., l. 11 si serv. vind. 8, 5.

i) L. 5 pr. si usufr. petat., l. 11 si serv. vind. Vgl. den von Zachariä von Lingenthal in der Zeitſchr. für geſch. R. W. Bd. XII S. 260 ff. mitgetheilten Auszug aus einem wahrſcheinlich vom Anteceſſor Stephanus ſtammenden Digeſtencommentar.

auf Ausübung aller oder gewiſſer Servituten, welche der uſufructuariſchen Sache zuſtehen; durch dieſen Anſpruch wird aber der des Eigenthümers nicht für die Dauer ſeines Rechts gänzlich aufgehoben, ſondern er kann auch dieſe Servituten ſtets ſo weit benutzen, als der Uſufructuar u. ſ. w. ſie nicht benutzt, und muß deßhalb auch während der Dauer des Uſusfructs ſeine confeſſoriſche Klage behalten, um jeder Zeit ſeinen Anſpruch realiſiren zu können. Ferner iſt aber auch der Uſufructuar rückſichtlich des Beſitzes der körperlichen Sache Stellvertreter des Eigenthümers, der ja civiler Beſitzer bleibt, und deßhalb iſt eine Störung des Uſufructuars zugleich auch eine Störung des Eigenthümers, zumal da um der Gefahr willen, daß die Servitut in Folge dieſer Störung durch Verjährung erlöſcht, ſein Intereſſe weſentlich in Spiel kommt; daraus folgt, daß er auch ſchon um Störungen willen, die der Uſufructuar erleidet, eine confeſſoriſche Klage behalten muß. Hätte nun der Uſufructuar dieſelbe ebenfalls gehabt, ſo wäre von zwei verſchiedenen Seiten her ein und dieſelbe Klage möglich geweſen, worin jeder der beiden Kläger dasſelbe dingliche Privatrecht mit derſelben Formel für ſich in Anſpruch genommen hätte, — ein Reſultat, welches das Recht nicht zulaſſen durfte[r]. Vielmehr wird der Uſufructuar immer nur auf Anerkennung ſeines Uſusfructs klagen können; dieſer wird aber verletzt, wenn die uſufructuariſche Sache nach irgend einer Seite hin beeinträchtigt wird, und alſo auch durch Störungen der ihr zuſtehenden Servituten, ſo daß auch dadurch die Klage aus dem Uſusfruct hervorgerufen wird[s]. Daß ein darauf ergehendes Urtheil den Eigenthümer der uſufructuariſchen Sache weder zum Vortheil noch zum Nachtheil dienen kann, erwähnten wir ſchon oben § 34 S. 298.

Um feſtzuſtellen, was der Kläger zur Paſſivlegitimation grade

---

r) Wenn Julian nach ſeiner l. 2 de O. N. N. 39, 1 und nach Ulpians Bericht in l. 1 § 4 de remiss. 43, 25 auch dem Uſufructuar die Vindication der Servituten zugeſprochen hat, ſo hat man mit Recht angenommen, daß er damit nur eine Stellvertretung für den Eigenthümer habe zulaſſen wollen, zumal er auch dieſe Vindication der Servituten nicht gegen den Eigenthümer ſelbſt geſtatten will.

s) L. 1 pr., l. 5 § 1 si usufr. pet. 7, 6.

dieſes Beklagten erweiſen muß, werden wir zwei verſchiedene Functionen der confeſſoriſchen Klage zu unterſcheiden haben. Die Klagformel ſtellte als Bedingung der Verurtheilung allgemein auf: si neque Ns Ns arbitratu tuo restituet; damit konnte einmal gefordert ſein, der Verklagte ſolle den Schaden erſetzen, den er in der Vergangenheit dem Kläger durch Verletzung ſeines Rechts herbeigeführt habe, und zweitens, er ſolle ihn für die Zukunft in die factiſche Möglichkeit verſetzen, ſeine Servitut zu üben. Um letztere Function zunächſt ins Auge zu faſſen, ſo muß der Kläger, ſtellt er ihrethalben die Klage an, ſich außer Stande befinden, durch eigene Kraft die Ausübung vorzunehmen, alſo namentlich den Quaſibeſitz verloren haben, und es muß ferner der Beklagte ſeiner Seits in dem factiſchen Verhältniß zur belaſteten Sache ſtehen, um die Servitutausübung ermöglichen zu können, indem er etwa die belaſtete Sache, oder doch die beanſpruchte Servitutbefugniß zur Zeit inne hat[t]). Wo alſo die confeſſoriſche Klage dieſe Function hat, geſtaltet ſich die Beſitzfrage ganz analog dem Eigenthumsproceſſe; der Kläger muß erweiſen, daß der Verklagte ſich in jener factiſchen Möglichkeit zu reſtituiren befinde, und dieſe factiſche Möglichkeit, alſo das ſervitutwidrige Innehaben der belaſteten Sache oder einer einzelnen Eigenſchaft derſelben Seitens des Verklagten, genügt auch ſchon, um die Klage zu begründen[u]); es iſt gleichgültig, wie Letzterer dazu gelangt iſt, ob er wiſſentlich oder doch culpoſer Weiſe ſelbſt den ſervitutwidrigen Zuſtand hergeſtellt hat, oder ob er durch Zufall und ohne eigene Schuld in dieſes Verhältniß gekommen iſt[v]). Hat er dafür doch auch die Möglichkeit,

t) Dies erleidet nur durch die Untheilbarkeit der Servituten die Modification, daß mit der confeſſoriſchen Klage gegen den, welcher nur zu einer ideellen Quote die dienende Sache beſitzt und alſo die Servitutausübung allein nicht erwirken kann, doch die ganze Servitut geltend gemacht wird. Ergeht das arbitrium gegen ihn, ſo muß er es den Mitintereſſenten gegenüber durchſetzen, daß der Servitutberechtigte nicht mehr geſtört wird, widrigenfalls ihn die Condemnation trifft, natürlich ſeines Regreſſes an die Mitbeſitzer vorbehaltlich. Vgl. l. 4 § 4 si serv. vind.

u) L. 5 § 1 si usufr. pet.

v) So kann der Innehaber eines trotz einer serv. altius non tollendi höher gebauten Hauſes verklagt werden, auch wenn ſein Vorgänger den Bau

auf Ausübung aller oder gewiſſer Servituten, welche der uſufructuariſchen Sache zuſtehen; durch dieſen Anſpruch wird aber der des Eigenthümers nicht für die Dauer ſeines Rechts gänzlich aufgehoben, ſondern er kann auch dieſe Servituten ſtets ſo weit benutzen, als der Uſufructuar u. ſ. w. ſie nicht benutzt, und muß deßhalb auch während der Dauer des Uſusfructs ſeine confeſſoriſche Klage behalten, um jeder Zeit ſeinen Anſpruch realiſiren zu können. Ferner iſt aber auch der Uſufructuar rückſichtlich des Beſitzes der körperlichen Sache Stellvertreter des Eigenthümers, der ja civiler Beſitzer bleibt, und deßhalb iſt eine Störung des Uſufructuars zugleich auch eine Störung des Eigenthümers, zumal da um der Gefahr willen, daß die Servitut in Folge dieſer Störung durch Verjährung erlöſcht, ſein Intereſſe weſentlich in Spiel kommt; daraus folgt, daß er auch ſchon um Störungen willen, die der Uſufructuar erleidet, eine confeſſoriſche Klage behalten muß. Hätte nun der Uſufructuar dieſelbe ebenfalls gehabt, ſo wäre von zwei verſchiedenen Seiten her ein und dieſelbe Klage möglich geweſen, worin jeder der beiden Kläger dasſelbe dingliche Privatrecht mit derſelben Formel für ſich in Anſpruch genommen hätte, — ein Reſultat, welches das Recht nicht zulaſſen durfte[r]. Vielmehr wird der Uſufructuar immer nur auf Anerkennung ſeines Uſusfructs klagen können; dieſer wird aber verletzt, wenn die uſufructuariſche Sache nach irgend einer Seite hin beeinträchtigt wird, und alſo auch durch Störungen der ihr zuſtehenden Servituten, ſo daß auch dadurch die Klage aus dem Uſusfruct hervorgerufen wird[s]. Daß ein darauf ergehendes Urtheil den Eigenthümer der uſufructuariſchen Sache weder zum Vortheil noch zum Nachtheil dienen kann, erwähnten wir ſchon oben § 34 S. 298.

Um feſtzuſtellen, was der Kläger zur Paſſivlegitimation grade

---

r) Wenn Julian nach ſeiner l. 2 de O. N. N. 39, 1 und nach Ulpians Bericht in l. 1 § 4 de remiss. 43, 25 auch dem Uſufructuar die Vindication der Servituten zugeſprochen hat, ſo hat man mit Recht angenommen, daß er damit nur eine Stellvertretung für den Eigenthümer habe zulaſſen wollen, zumal er auch dieſe Vindication der Servituten nicht gegen den Eigenthümer ſelbſt geſtatten will.

s) L. 1 pr., l. 5 § 1 si usufr. pet. 7, 6.

dieſes Beklagten erweiſen muß, werden wir zwei verſchiedene Functionen der confeſſoriſchen Klage zu unterſcheiden haben. Die Klagformel ſtellte als Bedingung der Verurtheilung allgemein auf: si neque Ns Ns arbitratu tuo restituet; damit konnte einmal gefordert ſein, der Verklagte ſolle den Schaden erſetzen, den er in der Vergangenheit dem Kläger durch Verletzung ſeines Rechts herbeigeführt habe, und zweitens, er ſolle ihn für die Zukunft in die factiſche Möglichkeit verſetzen, ſeine Servitut zu üben. Um letztere Function zunächſt ins Auge zu faſſen, ſo muß der Kläger, ſtellt er ihrethalben die Klage an, ſich außer Stande befinden, durch eigene Kraft die Ausübung vorzunehmen, alſo namentlich den Quaſibeſitz verloren haben, und es muß ferner der Beklagte ſeiner Seits in dem factiſchen Verhältniß zur belaſteten Sache ſtehen, um die Servitutausübung ermöglichen zu können, indem er etwa die belaſtete Sache, oder doch die beanſpruchte Servitutbefugniß zur Zeit inne hat[t]). Wo alſo die confeſſoriſche Klage dieſe Function hat, geſtaltet ſich die Beſitzfrage ganz analog dem Eigenthumsproceſſe; der Kläger muß erweiſen, daß der Verklagte ſich in jener factiſchen Möglichkeit zu reſtituiren befinde, und dieſe factiſche Möglichkeit, alſo das ſervitutwidrige Innehaben der belaſteten Sache oder einer einzelnen Eigenſchaft derſelben Seitens des Verklagten, genügt auch ſchon, um die Klage zu begründen[u]); es iſt gleichgültig, wie Letzterer dazu gelangt iſt, ob er wiſſentlich oder doch culpoſer Weiſe ſelbſt den ſervitutwidrigen Zuſtand hergeſtellt hat, oder ob er durch Zufall und ohne eigene Schuld in dieſes Verhältniß gekommen iſt[v]). Hat er dafür doch auch die Möglichkeit,

t) Dies erleidet nur durch die Untheilbarkeit der Servituten die Modification, daß mit der confeſſoriſchen Klage gegen den, welcher nur zu einer ideellen Quote die dienende Sache beſitzt und alſo die Servitutausübung allein nicht erwirken kann, doch die ganze Servitut geltend gemacht wird. Ergeht das arbitrium gegen ihn, ſo muß er es den Mitintereſſenten gegenüber durchſetzen, daß der Servitutberechtigte nicht mehr geſtört wird, widrigenfalls ihn die Condemnation trifft, natürlich ſeines Regreſſes an die Mitbeſitzer vorbehaltlich. Vgl. l. 4 § 4 si serv. vind.

u) L. 5 § 1 si usufr. pet.

v) So kann der Innehaber eines trotz einer serv. altius non tollendi höher gebauten Hauſes verklagt werden, auch wenn ſein Vorgänger den Bau

ſich in ſoweit von der Klage durch Ueberlaſſung des Quaſibeſitzes an den Kläger alsbald frei zu machen[w]). Analog dem Eigenthumsproceſſe wird auch der freigeſprochen, welcher während des Proceſſes ohne Argliſt den Beſitz der belaſteten Sache und damit die Reſtitutionsmöglichkeit verliert, während dagegen jeder haftet, der ſich dem Kläger gegenüber argliſtig als Beſitzer gerirt und damit den Proceß abſichtlich auf ſich gezogen hat (qui liti sese obtulit), oder den Beſitz doloſer Weiſe aufgegeben hat[x]). Die confeſſoriſche Klage iſt aber in der ſeither behandelten Function nicht nur da anwendbar, wo der Kläger ganz außer Beſitz der Servitut iſt und der Beklagte die entſprechenden Eigenſchaften ſämmtlich ſervitutwidrig inne hat, ſondern auch da, wo dem Kläger nur einzelne Elemente der Servitut entfremdet ſind, oder doch nur einzelne derſelben vom Beklagten inne gehabt werden[y]). Die confeſſoriſche Klage entſpricht nicht nur der Vindication des Eigenthums, ſondern auch der negatoriſchen Klage, in ſo fern dieſe gegen Anmaßung einzelner Elemente des Eigenthums Schutz gewährt.

Soweit die confeſſoriſche Klage Erſatz wegen früherer Störung in der Ausübung der Servitut bezweckt, ſoweit iſt die Frage nach dem Beſitz gänzlich gleichgültig[z]). Soweit aber iſt auch vom Kläger zu erweiſen nicht nur, daß von dieſem Beklagten die Störung aus-

vornahm (l. 15 si serv. vind. 8, 5, vgl. auch l. 18 daſelbſt); nur wird er dann nicht ſelbſt den alten Zuſtand wieder herzuſtellen brauchen, ſondern muß ſich nur die Herſtellung gefallen laſſen.

w) Vgl. § 62 S. 650, 661, 667.

x) L. 5 § 5, l. 6 si usufr. pet. 7, 6. Ebenſo, wie im Eigenthumsproceſſe, kann es da, wo die Servitut beweglichen Sachen gegenüber geltend gemacht werden ſoll, die mit andern Sachen verbunden ſind, erforderlich ſein, daß zunächſt eine actio ad exhibendum auf Loßlöſung angeſtellt wird.

y) Arg. leg. 4 § 5 si serv. vind.

z) L. 6 § 1, l. 9, l. 10 § 1 si serv. vind.; l. 1 § 25 de aqua quot. 43, 20. Vgl. l. 3 § 4 und § 12 ad exhib. 10, 4. Zum Schutz des Uſusfructs wird die confeſſoriſche Klage in dieſer Weiſe im Ganzen ſeltener benutzt, weil dem Uſufructuar eine Reihe von andern vortheilhafteren Klagen gegeben iſt, um ſich gegen Verletzungen ſeines Rechts zu ſichern (ſ. § 78); daß er aber doch, auch wenn er im Quaſibeſitz iſt, die confeſſoriſche Klage brauchen kann, ſagt Ulpian in l. 5 § 6 si usufr. pet.

gegangen ist, sondern auch, daß ihm solche imputirt werden kann, indem er arglistig oder wenigstens culposer Weise solche Handlungen auf oder mit der dienenden Sache vorgenommen hat, daß die Ausübung der Servitut zeitweilig oder für immer weniger vortheilhaft oder gänzlich unmöglich geworden ist. Die confessorische Klage hat dann eine ähnliche Function, wie bei Verletzung des Eigenthums die aquilische Klage und die sonstigen zum Schutz gegen widerrechtliche Verletzungen körperlicher Sachen gegebenen Rechtsmittel, und wird daher auch derselben Voraussetzungen bedürfen. Wenn daher z. B. in l. 18 si serv. vind. gesagt wird, der Herr müsse für den Schaden einstehen, welchen seine Sklaven durch Störung einer Wasserleitungsservitut herbeigeführt hätten, so wird die confessorische Klage, soweit sie auf Schadenersatz geht, doch nur als Noxalklage gegen ihn angestellt werden können, und er sich also durch noxae deditio frei machen dürfen. Dieselbe Analogie wird auch für die Frage entscheiden müssen, wie weit der Erbe für die Verletzungen seines Erblassers einstehen muß. Durch diese Function der confessorischen Klage kann es denn auch geschehen — und dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der Vindication körperlicher Sachen — daß sie noch nach dem Untergang der Servitut auch in solchen Fällen vom früheren Servitutberechtigten angestellt werden kann, wo der Verklagte durchaus nicht als fictus possessor aufgefaßt werden kann, sondern überall, wo er, mag er Besitzer gewesen sein oder nicht, die Servitut verletzt oder vernichtet hat. Das wird z. B. dadurch anerkannt, daß die confessorische Klage zum Schutz eines Ususfructs noch nach Eintritt des Endtermins zugelassen wird, der ihm von Anfang an gesetzt war[aa]), und daß sie von den Erben wegen Verletzungen des Ususfructs ihres Erblassers erhoben werden kann[bb]). Doch nur da, wo lediglich durch fremde Schuld und fremde That die Servitut vernichtet ist, kann man mit der confessorischen Klage auf Schadenersatz klagen; hat ein Dritter nur ein augenblickliches Hinderniß herbeigeführt, das der Servitutberechtigte jeder Zeit mit

---

aa) L. 60 de usufr. 7, 1; l. 48 de usur. 22, 1; l. 6 de usu leg. 33, 2.

bb) L. 36 § 2 de usufr. 7, 1; l. 5 § 4.

eigener Kraft oder auf dem Wege Rechtens beſeitigen konnte, das er aber die Verjährungszeit hindurch nicht beſeitigt hat, ſo daß die Servitut deßhalb zu Grunde ging, ſo hat er ſich dies Reſultat ſelbſt zuzuſchreiben, und hat daher keine Klage cc).

Eine eigenthümliche Function hat die confeſſoriſche Klage bei der serv. oneris ferendi, indem da das restituere, welches vom Verklagten gefordert wird, in der Ausführung von Bauten auf dem belaſteten Grundſtück beſteht (vgl. § 6 S. 55); deßhalb kann ſie in ſo weit auch nur gegen den angeſtellt werden, welcher rechtlich befähigt iſt, dort bauliche Veränderungen zu treffen, alſo gegen den Eigenthümer, nicht aber gegen einen etwaigen Uſufructuar dd); dieſer wird dann vom Eigenthümer mit der Klage aus der uſufructuariſchen Caution angehalten werden müſſen, die Ausführung des Baus zu dulden, da deſſen Verhinderung gegen die bona fides wäre. Wie gegen die mehreren Miteigenthümer des belaſteten Hauſes ingeſammt geklagt werden muß, weil kein Einzelner allein zur Vornahme der Reparatur berechtigt iſt, ſiehe oben S. 63.

Hat der Kläger die Activ- und Paſſivlegitimation zur Klage erwieſen, ſo bleiben dem Verklagten alle Vertheidigungsmittel, wie ſie analog gegen eine Eigenthumsvindication, beziehungsweiſe gegen die Klagen möglich ſind, welche den Eigenthümer gegen eine Verletzung ſeiner Sache ſchützen ſollen: er kann deßhalb darlegen, wie die Servitut des Klägers, ehe die angebliche Störung ſtattgefunden habe, untergegangen ſei, wie er, der Verklagte, auf Grund eines Forderungsrechtes an den Kläger oder eines beſſern dinglichen Rechts oder einer beſondern Erlaubniß des Servitutberechtigten ee) alſo gehandelt, beziehungsweiſe die betreffende Eigenſchaft der Sache inne habe, oder wie er Retentionseinreden geltend machen könne. Vermochte er eine derartige Vertheidigung nicht zu führen, ſo kam es

cc) Wenn er jedoch durch den Eigenthümer der belaſteten Sache argliſtiger Weiſe veranlaßt iſt, die Servitut die Verjährungszeit hindurch nicht auszuüben, ſo wird er Reſtitution ex capite doli gegen die Verjährung erlangen können (l. 8 § 4 si serv. vind. 8, 5), und damit lebt denn auch die Klage wieder auf.

dd) L. 1 § 1 de S. P. U. 8, 2.

ee) L. 5 de S. P. U. 8, 2; ſ. § 4 S. 31.

zunächſt zum Arbitrium, worin ihm die Reſtitution auferlegt wurde. So lange der Quaſibeſitz als ſolcher noch nicht mit einem beſondern Rechtsſchutz verſehen war, bedurfte es da, wo vom Verklagten die Einweiſung in die Ausübung der Servitut geſchehen ſollte, beſonderer Mittel, um dieſe zu einem wirkſamen und verpflichtenden Acte zu machen; der Verklagte hätte ja ſonſt die Ausübung nur ſo lange geſchehen zu laſſen brauchen, als die Wirkſamkeit dieſes Arbitriums dauerte und er alſo bei Nichtbeachtung deſſelben Condemnation befürchten mußte (vgl. § 51 S. 475). Nach Ablauf dieſer Zeit hätte er immer von Neuem ſeine Störungen beginnen können und der Servitutberechtigte dann wieder einen ganz neuen Proceß erheben müſſen, in welchem er ſich auf den früheren nicht hätte berufen dürfen. Deßhalb wird hier durch Cautionen geholfen ſein, in denen der Verklagte, wenn er ſich gegen Condemnation ſichern wollte, verſprechen mußte, die Servitutausübung nicht mehr zu ſtören, ſo daß der Berechtigte, falls er doch wieder von ihm verletzt wurde, nicht mehr auf die Servitut ſelbſt, ſondern nur auf dieſe Caution zurückzugehen brauchte. Seit Ausbildung des Quaſibeſitzes hat der Berechtigte, falls der Beklagte reſtituirt, in den quaſipoſſeſſoriſchen Rechtsmitteln einen entſprechenden Schutz wie der Eigenthümer, falls ihm der Beſitz ſeiner Sache nach erhobener Vindication auf Grund eines Arbitriums vom Beklagten überlaſſen wird, und ſo wenig, wie in letzterm Falle, wird es dort regelmäßig einer Cautionsbeſtellung bedurft haben. Nur da, wo die Einweiſung in die Quaſipoſſeſſio nicht alsbald genügend geſchehen konnte, weil etwa die Ausübung periodiſch war und erſt in einiger Zeit eine neue Ausübungshandlung fällig war, wird auch ſpäter noch Caution haben beſtellt werden müſſen. Ebenſo blieb dies bei einer serv. oneris ferendi nöthig, wenn die Bauten, zu denen der Verklagte verpflichtet war, nicht alsbald ſo ausgeführt werden konnten, daß ſie für eine Reihe von Jahren vorausſichtlich genügten; denn dieſer perſönliche Anſpruch konnte nicht durch die quaſipoſſeſſoriſchen Rechtsmittel geſchützt werden. War eine Servitut, der von vorne herein ein Endtermin beigefügt war, eine Zeit lang gänzlich geſtört worden, ſo konnte die Reſtitution nicht etwa in der Weiſe geſchehen, daß nachträglich eine eben ſolche Servitut von dem Endtermin oder, wenn dieſer ſchon verfloſſen,

von jetzt an für ſo lange Zeit, als die Störung gedauert hatte, zu Gunſten des Klägers beſtellt wurde, vielmehr wäre dieſe neu conſtituirte Servitut ein durchaus anderes Object, als das eingeklagte geweſen, mit dem ſich der Kläger daher auch nicht abfinden zu laſſen brauchte[ff]). Iſt aber die Zeit, für welche die Servitut urſprünglich beſtellt war, noch nicht abgelaufen, letztere aber doch durch Schuld des Verklagten untergegangen, ſo wird es mit zur Reſtitution gehören, daß für die noch übrige Zeit eine neue Servitut deſſelben Inhalts, wie die untergegangene, beſtellt werde; doch ſoll dann der Verklagte auch noch de evictione caviren müſſen für den Fall, daß etwa in der Zwiſchenzeit, wie die Servitut nicht mehr exiſtirte, ein anderes dingliches Recht erworben wäre, welches das ſpäter beſtellte zu ſtören vermöchte[gg]).

Verweigert der Verklagte die Reſtituton, oder iſt ſie bereits unmöglich geworden, ſo erfolgte die Verurtheilung allgemeinen Regeln gemäß dahin, daß dem Kläger der ökonomiſche Werth zu erſetzen iſt, um welchen ſein Vermögen durch die Verletzung der Servitut ärmer geworden iſt (id, quod interest — omnis causa)[hh]). Es wird derſelbe regelmäßig als fructus der Servitut bezeichnet[ii]) und durch Feſtſtellung des Ertrags der Servitut unter Abzug der nöthigen Gewinnungskoſten und ſonſtigen Laſten des Berechtigten[kk]) ermittelt. Dabei kann es ſich unter Umſtänden ergeben, daß gar kein Geldintereſſe verletzt iſt und daher auch nicht erſetzt zu werden braucht; — das ſind ſolche Fälle, wo es ſich nicht um den ganzen Beſtand der Servitut, ſondern nur um einzelne Störungen handelt, die zu einer Zeit geſchehen ſind, wo die Servitut keinen Vortheil gewährte, gegen die aber der Berechtigte Klage erhob, um ſich ſein Recht für die Zukunft, wo es nutzbringender ſein wird, ſicher zu ſtellen[ll]). Hat

---

ff) L. 6 de usufr. leg. 33, 2.

gg) L. 5 § 6 si usufr. pet. 7, 6.

hh) L. 5 § 1, § 5 si usufr. pet.

ii) L. 5 § 4 daſelbſt; l. 6 pr. de oper. 7, 7; l. 4 § 2 si serv. vind.; l. 19 de usur. 22, 1.

kk) L. 6 § 3 de oper. 7, 7.

ll) Arg. leg. 6 § 1 de oper.; l. 5 § 7 si usufr. pet.

einer von mehreren Miteigenthümern der herrschenden Sache allein geklagt, so soll die Condemnation nur zu dem Theile erfolgen, zu welchem er berechtigt ist[mm]).

Wird während des Processes um eine Realservitut die herrschende Sache oder in einem solchen Proceß, wo es sich um Anerkennung irgend einer Servitut und um die Einweisung in die Quasipossessio derselben handelt, die dienende Sache veräußert, so wird Seitens des Erwerbers, wenn er den Proceß aus freien Stücken fortsetzen will, ein Antrag auf Zulassung gestellt werden müssen (reassumtio litis), in Folge deren er ganz in die Rolle seines Vorgängers je nach Umständen als Kläger oder als Beklagter eingesetzt wird; will aber die Gegenpartei den Proceß fortgesetzt haben, so hat sie auf Erlaß einer citatio ad reassumendum an den neuen Erwerber der Sache zu dringen, die derselbe befolgen muß, weil jene, wenn sie Verklagte ist, ein Recht auf völlige Freisprechung hat, und wenn sie Klägerin ist, durch Fortsetzung des Processes gegen den seitherigen Gegner ihr Ziel nicht mehr erreichen kann[nn]).

§. 77.

Die Publicianische Klage.

Wie eine ausdrückliche Bestimmung des Prätors, die wahrscheinlich erst zur Zeit der spätern klassischen Juristen erlassen wurde, die Publicianische Klage für die Servituten anwendbar machte, haben wir schon früher § 62 S. 667 ausgeführt. Zunächst sollte sie zulässig sein, wenn die Servitut quasitradirt war, und dem ganzen Charakter dieser Klage gemäß wird der Kläger keine andere Qualification des Quasitradenten haben erweisen müssen, als daß derselbe im Besitz der belasteten Sache, beziehungsweise, wenn es sich um einen ursprünglich für einen Andern, als für den Kläger, bestellten Ususfruct handelt, im Quasibesitz dieses Ususfructs gewesen sei. Bei der spätern Entwicklung des Servitutenrechts, welche Entstehung von Servituten durch den bloßen Vertrag zuließ, wird, wie wir auch

mm) L. 4 § 3 si serv. vind.

nn) Vgl. Wetzell, System des ordentl. Civilproceſſes S. 27.

ſchon § 64 S. 709 angaben, eine förmliche Quaſitradition nicht mehr nöthig geweſen ſein, ſondern es genügt, daß mit dem Beſitzer der körperlichen Sache, beziehungsweiſe des Uſusfructs, ein Errichtungsgeſchäft abgeſchloſſen und ſpäter die Servitut in irgend einer Weiſe ausgeübt iſt. Der Verklagte wird dann zu ſeiner Vertheidigung geltend machen können, wie der Auctor des Klägers gar nicht zur Servitutbeſtellung berechtigtigt geweſen ſei, und wie dagegen er, der Verklagte, Eigenthümer der angeblich dienenden Sache oder doch an derſelben in der Art dinglich berechtigt ſei, daß er die den Kläger ſtörenden Handlungen vornehmen dürfe. Der Kläger wird dagegen in der Replik einwenden können, daß auch der Verklagte aus irgend einem Grunde die Handlungen ſeines, des Klägers, Auctor anerkennen müſſe. Ob der Verklagte ſich auch damit vertheidigen kann, daß er die bona fides des klägeriſchen Quaſibeſitzes beſtreitet und behauptet, derſelbe habe gewußt, daß er keine Servitut habe, kann zweifelhaft erſcheinen. Für die Zuläſſigkeit dieſes Vertheidigungsmittels ſcheint alsbald die Analogie der Publicianiſchen Klage zum Schutz des Beſitzes körperlicher Sachen zu ſprechen, die bona fides für den Kläger fordert; allein bedenkt man, daß die Klage in ihrer urſprünglichen Anwendung dazu dienen ſollte, einen Uſucapionsbeſitz zu ſchützen, indem ſie von der Fiction ausging, daß die Verjährungszeit ſchon abgelaufen ſei, ſo kann man geneigt werden, anzunehmen, daß bona fides dort nur verlangt werde, weil ſie auch ein Requiſit der Uſucapion körperlicher Sachen iſt, und ſie deßhalb, wo es ſich um Schutz des Servitutenbeſitzes handelt, nicht gefordert werden könne, weil ſie auch nicht zur Servituterſitzung nöthig iſt. Dagegen kann man jedoch unſers Erachtens geltend machen, daß nur die Uſucapion, nicht die longi temporis praescriptio durch die Publiciana geſchützt wird, daß aber für Servituten ein der Uſucapion analoges Inſtitut nicht exiſtirt, ſondern nur ein der longi temporis praescriptio analoges und daß daher bei ihnen die Publicianiſche Klage auch nicht beſtimmt ſein kann, die Verjährung zu ſchützen, und keineswegs nach den für dieſe geltenden Regeln beurtheilt werden darf. Sonſt bedürfte es ja auch, um ſie zu erhalten, keines Titels, ſondern jeder Beſitz der Servitut, wie immer er erlangt wäre, müßte zur Begründung der Klage genügen, wenn er nur nicht an einem der

Beſitzfehler litte. Und doch wird in der einzigen Stelle, die von der Publiciana für Servituten handelt, in der ſchon früher beſprochenen l. 11 § 1 de Publ. act. 6, 2, wiederholt grade auf die geſchehene Tradition Gewicht gelegt, als ob ſie zur Begründung nöthig ſei.

Die weitern Vertheidigungsmittel gegen die Publicianiſche Klage, ſo wie das ganze Verfahren werden durchaus dieſelben ſein, wie bei der confeſſoriſchen Klage, und können wir in allem auf das dort Geſagte verweiſen.

§. 78.

Erweiterungen einiger urſprünglich nur dem Eigenthümer gegebenen Klagen zu Gunſten von Servitutberechtigten.

Darin, daß die regelmäßigen Vortheile des Eigenthums auf einen Nichteigenthümer übergingen, haben wir früher die Grundidee erkannt, welche das Recht bei Ausbildung des Uſusfructs im Auge hatte. Dem entſprach es, wenn in Verfolg des Strebens, das Herrſchaftsverhältniß des Uſufructuars zur belaſteten Sache für die Dauer deſſelben nach Außen hin völlig dem des Eigenthümers zu ſeiner eigenen Sache gleich zu machen, der Uſufructuar Dritten gegenüber mit allen den beſondern Waffen ausgerüſtet wurde, welche dem Eigenthümer zur Seite ſtanden. Wir ſahen ſchon früher (§ 62 S. 670), wie durch dieſes Streben geleitet, auch ſolche Juriſten, welche eine Quaſipoſſeſſio am Uſusfruct nicht anerkennen wollten, doch bereit waren, dem Uſufructuar bei Störungen in der Detention der körperlichen Sache einen Interdictenſchutz, gleichſam als „abgeleiteten" Beſitzer der Sache zu gewähren, weil ein ſolcher Schutz einmal zu den regelmäßigen Vortheilen des Eigenthums gehörte; entſprechend ward dem Uſufructuar, wenngleich es Anfangs beſtritten geweſen zu ſein ſcheint[a]), die actio legis Aquiliae wegen Verletzungen der belaſteten Sache zugeſtanden[b]), ferner die actio de servo cor-

a) L. 11 § 10 ad leg. Aq. 9, 2.

b) L. 12 daſelbſt; l. 17 § 3 de usufr. 7, 1; l. 13 pr. quod vi aut clam 43, 24. Dagegen wird dem Uſufructuar von Paulus die ſonſt mit der aquiliſchen Klage correſpondirende actio arborum furtim caesarum in l. 5

rupto wegen Verführung des uſufructuariſchen Sklaven[c]), und die actio in factum ob mortuum illatum wegen unberechtigtem Inferiren eines Todten in das uſufructuariſche Grundſtück[d]). Allerdings war der Uſufructuar gegen die erwähnten Verletzungen ſchon durch ſeine confeſſoriſche Klage geſchützt (ſ. § 76), aber mit jenen Klagen konnte er nicht bloß ſein Intereſſe, ſondern auch einen Strafbetrag vom Verletzer erhalten[e]). Allein es durfte nun nicht dahin kommen, daß der Eigenthümer durch ihn gänzlich von dieſen Klagen ausgeſchloſſen ward, da ja ſein Intereſſe ebenfalls faſt immer durch die verbotenen Handlungen verletzt war und das Geſetz ihm zunächſt jene vortheilhaften Klagen zugeſprochen hatte. Das Verhältniß dieſer concurrirenden Klaganſprüche zu einander bot keine Schwierigkeiten bei den beiden letzten der genannten Klagen, da die act. de servo corrupto auf das Doppelte des Intereſſe ging und die act. ob mortuum illatum auf eine arbiträre Geldſtrafe. Die act. ex lege Aquilia aber war auf den nach bekannten Regeln zu bemeſſenden höheren Marktwerth der verletzten Sache gerichtet, ohne Rückſicht darauf, wie hoch das Intereſſe des Beſchädigten war; konnten nun Beide, Uſufructuar und Eigenthümer dieſen Sachwerth in Anſpruch nehmen, oder wie hatten ſie ſich in denſelben zu theilen? Erſteres wäre eine übermäßige Belaſtung des Delinquenten geweſen, wie ſie nicht in der Abſicht des Geſetzes lag; einmalige Leiſtung des höchſten Marktwerthes ſollte die Strafe der culpoſen Verletzung ſein und die durfte nicht verdoppelt werden. Mußten ſich alſo Eigenthümer und Uſufructuar in dieſelbe theilen, ſo konnte dies in Ermangelung jedes andern Maßſtabes wieder nur nach Maßgabe des Werthes geſchehen, den das Recht eines jeden gehabt hatte, und den alſo jeder durch das Delict eingebüßt hatte.

Während die ſeither beſprochenen Klagen in der Abſicht erweitert waren, um den Uſufructuar ebenſo ſicher gegen Verletzungen zu

---

§ 3 arb. furt. caes. 47, 7 abgeſprochen, — ein Umſtand aus dem man das allmälige, ſchrittweiſe und jedesmal erſt durch die Umſtände erzwungene Vorgehen auf dieſem Gebiete wird erkennen können. Vgl. Jhering Abh. S. 134.

c) L. 9 § 1 de serv. corr. 11, 3.

d) L. 46 pr. de relig. 11, 7.

e) Die Delictsklagen, welche nur auf das Intereſſe, nicht auf eine Strafe

ſtellen, wie den Eigenthümer, wurde auch weiter dahin gewirkt, daß ſein Verhältniß zu den Nachbaren des uſufructuariſchen Grundſtücks möglichſt dem des Eigenthümers gleich werde, und es wurden ihm daher allmälig die Rechtsmittel zur ſelbſtändigen und vom Eigenthümer unabhängigen Benutzung zugeſtanden, welche eine ſachgemäße und beiderſeits nützliche Regelung der möglichen Conflicte in Anet freiern Weiſe ſichern ſollten. So wird ihm zunächſt die actio finium regundorum gegen den Eigenthümer eines Nachbargrundſtücks zugeſprochen[f]) und dadurch bewirkt, daß er bei Grenzirrungen, wenn ihm der Eigenthümer keine Vollmacht zur Anſtellung dieſer Klage geben will, ſich ſelbſt für die Dauer ſeines Rechts eine feſte Grenze ſchaffen kann. Hätte er nur die confeſſoriſche Klage, ſo würde das Urtheil nur dahin gehen können: das und das Stück des Bodens hat erwieſener Maßen zu dem uſufructuariſchen Grundſtück gehört und dort darf der Uſusfruct nicht geſtört werden; da, wo das Eigenthum zweifelhaft zu werden beginnt und keiner von beiden Nachbaren mehr ſein Recht erweiſen kann, würde der Uſufructuar dann immer von der Nutznießung ausgeſchloſſen ſein. Weil er nun aber die uſufructuariſche Sache nicht dauernd umgeſtalten und ihr alſo auch nicht neue Grenzen ſetzen darf, ſo bleibt das Urtheil eines von ihm erhobenen Grenzirrungsverfahrens nur ſo lange in Kraft, als ſein Recht dauert; nach dem Heimfall deſſelben muß gegen den Eigenthümer und von ihm ein neues Verfahren erhoben werden können[g]). Ferner ſoll der Uſufructuar auch das zunächſt nur für den Eigenthümer beſtimmte interdictum de arboribus caedendis[h]) anſtellen können, und hat damit alſo die Möglichkeit, ſich nöthigenfalls durch eigene That die Freiheit des Lichts und der Luft gegen des Nachbars Bäume zu wahren und ſich das abgehauene Holz des Nachbarn zu deſſen Strafe zueignen zu dürfen, — ein

gehen, z. B. die condictio furtiva bedarf er nicht, und werden ihm deßhalb auch nirgends zugeſprochen.

f) L. 4 § 9 fin. reg. 10, 1.

g) Auch gegen einen Uſufructuar des Nachbargrundſtücks ſoll dieſe zunächſt nur gegen dem Eigenthümer beſtimmte Klage zugelaſſen werden (l. 4 § 9 fin. reg.), und wird dann ebenfalls nur für die Dauer des Uſusfructs wirken.

h) L. 1 § 4 de arbor. caed. 43, 27.

Reſultat, das in dieſer Weiſe auch nicht mit der confeſſoriſchen Klage zu erreichen ſtand. Endlich ſoll der Uſufructuar, wenigſtens nach der Anſicht von Pomponius, auch die actio aquae pluviae arcendae erheben und damit die Entwäſſerungsverhältniſſe des uſufructuariſchen Grundſtücks aufrecht erhalten dürfen [i]). Soweit dieſe Klage nur eigenmächtige Aenderungen des ſeitherigen Waſſerlaufs und Verletzungen der dazu erforderlichen Anlagen verhindern ſollte, ſoweit hätte hier dem Uſufructuar auch die confeſſoriſche Klage genügt, da jene Handlungen als Störungen des Uſusfructs hätten aufgefaßt werden können, und die a. aquae pluviae arcendae doch auch nur auf das Intereſſe ging; ſoweit aber dieſe Klage den Nachbaren zu einem poſitiven Thun, zur Inſtandhaltung und Reinigung ſeiner Entwäſſerungsanſtalten anhalten ſollte (vgl. § 55 S. 292), ſoweit war ſie das einzigſte Mittel, um den Uſufructuar eine völlig ſelbſtändige und der des Eigenthümers durchaus entſprechende Benutzung des uſufructuariſchen Grundſtücks zu ſichern, und die Meinung Ulpians, der in l. 3 § 4 de aq. pluv. arc. ſagt: neque fructuarius, neque cum eo aq. pluv arcendae agi potest, ſtellt ſich der oben erwähnten des Pomponius gegenüber als die mehr ſinguläre und weniger fortgeſchrittene dar, indem ſie mit dem ſonſt hinſichtlich des Uſusfructs beobachteten Streben der Rechtsbildung nicht in Uebereinſtimmung ſteht, und wir werden uns daher bei dem Zwieſpalt der Quellen für die Meinung des Pomponius entſcheiden dürfen.

Damit iſt der Kreis dieſer für den Uſufructuar erweiterten Klagen wohl erſchöpft [k]), und das römiſche Recht bedurfte deren auch nicht mehr, da eben die confeſſoriſche Klage eine ſo weit gehende Function hatte [l]). Ob die behandelten Klagen auch andern Servitutberechtigten zuſtanden, oder ob ſie ein Vorrecht des Uſufructuars blieben, dafür finden wir in den Quellen keine Entſcheidung; nur

i) L. 22 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

k) Ueber die actio comm. dividundo des Uſufructuars handelten wir früher bei Beſprechung der Theilbarkeit des Uſusfructs (§ 55 S. 549), über ſeine actio ad exhibendum, als Mittel die confeſſoriſche Klage vorzubereiten ſ. § 76 S. 804; über die Vindication der der uſufructuariſchen Sache zuſtehenden Servituten ſiehe § 76 S. 801.

l) Höchſtens könnte noch die Frage entſtehen, ob der Uſufructuar das

von der aquiliſchen Klage wird geſagt, daß ſie auch dem Uſuar zuſteht[m]), und darnach werden wir wohl annehmen dürfen, daß er, der ja in allen Beziehungen dem Uſufructuar möglichſt gleich geſtellt iſt, auch die andern der obigen Klagen anſtellen darf, wenn nur ſein Uſus der Art iſt, daß er ihn in daſſelbe Verhältniß zur belaſteten Sache ſetzt, in welchem der Uſufructuar regelmäßig ſteht, d. h. wenn er kraft ſeines Uſus die Detention der körperlichen Sache erlangt. Iſt ſein Uſus ſo beſchränkt, daß er dieſe nicht erhält, ſondern nur einzelne Befugniſſe an der in fremdem Gewahrſam bleibenden Sache auszuüben hat, ſo wird er keinen weitern Schutz haben, als wie er denen gewährt iſt, welche einzelne Befugniſſe kraft einer Realſervitut ausüben, und denen bin ich geneigt, — obgleich für manche Zweifel Raum bleibt — und ich in § 7 S. 68 beiläufig alle Servitutberechtigte zu dieſer Klage berufen erachtete — die aquiliſchen und die ähnlichen Klagen durchaus abzuſprechen und ſie auf ihre confeſſoriſche Klage zu beſchränken. Das ganze künſtliche Schätzungsverfahren, wie es die lex Aquilia vorſchrieb, paßt nicht, wo nur einzelne Servituten verletzt ſind und kann höchſtens zu allerlei Chikanen Veranlaſſung geben. Die Gründe ferner, welche die Ausdehnung der obigen Klagen auf den Uſusfruct veranlaßten, führen auch durchaus noch nicht zu einer Ausdehnung auf alle Servitutberechtigte; aus Eigenthum und Uſusfruct fließen gleiche Befugniſſe, — Eigenthum und Realſervituten aber ſind wohl ihrer innern Natur nach verwandt, aber ſie berechtigen zu durchaus Verſchiedenem, und daraus daß dem Eigenthümer ein beſonderer Vortheil zugewandt wird, folgt noch nicht, daß er nun auch zur entſprechenden Quote dem Servitutberechtigten zu Theil werden muß. Eine höhere Entſchädigung, als wie ſie durch die confeſſoriſche Klage erlangt werden kann, iſt daher nur bei Verletzungen eines regelmäßigen Uſusfructs oder Uſus erreichbar, die andern Servitutberechtigten ſind auf ihre confeſſoriſche Klage beſchränkt.

---

interd. de glande legend. brauchen konnte. Das Recht zum Früchteleſen wird er auch mit ſeiner confeſſoriſchen Klage haben durchſetzen können; aber die Vortheile des Interdictenverfahrens entgingen ihm dann.

m) L. 7 § 4 de dolo malo 4, 3; l. 11 § 10 ad leg. Aquil. 9, 2.

Dagegen möchte das Bedürfniß es fordern, daß ihnen wenigſtens einige der Klagen, die das nachbarliche Verhältniß regeln ſollen, zugänglich gemacht werden, wie denn von Julian in l. 25 de aq. pluv. arc. ausdrücklich geſagt wird, daß die a. aquae pluviae arcendae auch vom Innehaber einer Wegegerechtigkeit wegen Verſchlechterung des Wegs ſolle erhoben werden können. Sobald nämlich die Servitutausübung in Folge des Verfalls der Entwäſſerungsanſtalten unmöglich oder doch ſchwierig geworden iſt, ſo hat der Servitutberechtigte daſſelbe Intereſſe daran, daß der Nachbar ſeine Gräben ausbeſſere und reinige, wie der Eigenthümer, während er ihn mit ſeiner confeſſoriſchen Klage zu dieſem poſitiven Thun nicht zwingen kann; dieſelbe Rechtsidee, welche dem Eigenthümer die a. aquae pluviae arcendae gab, wird ſie daher auch zu Gunſten aller Servituten zulaſſen, ſoweit dieſelben den Landbau und die Benutzung von ländlichen Grundſtücken befördern ſollten (vgl. § 33 S. 293 Anm. e). Analog kann man vielleicht auch noch die actio finium regundorum den Innehabern von Realſervituten zugeſtehen, weil es ſonſt geſchehen kann, daß ihr Recht, z. B. ein Weiderecht, durch die Unſicherheit der Grenzen unbilliger Weiſe weſentlich beſchränkt wird. Die dann auf ihren Antrag geſchehene Fixirung der Grenze, iſt allerdings für den Eigenthümer gar nicht bindend, ſondern er kann ſelbſtändig von Neuem auf Feſtſetzung einer Grenze für ſeine Sache dringen, und ſo kann es geſchehen, daß das Grundſtück rückſichtlich der Servitut und des Eigenthums nicht etwa, wie wenn ein Uſufructuar die Klage erhob, vorübergehend, ſondern für alle Zeiten verſchiedene Grenzen erhält, — ein Reſultat, welches allerdings manche Inconvenienzen zur Folge haben kann, und welches der Richter in ſolchen Fällen mit aller Sorgfalt zu vermeiden ſuchen muß; die Möglichkeit deſſelben darf uns aber doch nicht beſtimmen, den Servitutberechtigten ganz von den Vortheilen des Grenzregulirungsproceſſes auszuſchließen und lediglich auf ſeine confeſſoriſche Klage zu verweiſen. Cur enim, würde man ſonſt auch hier ſagen können, ad arma et rixam procedere patiatur Praetor, quos potest iurisdictione sua componere, wie Ulpian mit Berufung auf Julian bei einer ähnlichen Gelegenheit in l. 13 § 4 de usufr. 7, 1 ſagt.

Zweites Kapitel.

Proviſoriſche Schutzmittel für die Ausübung der Servituten.

I. Das Syſtem derſelben vor Ausbildung der Lehre vom Quaſibeſitz.

§. 79.

Die Wege- und Waſſerinterdicte.

Schon an andern Orten haben wir Manches zur Lehre der Wege- und Waſſerinterdicte [interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana, de fonte, de fonte purgando, de aqua aestiva, de rivis] ausführen müſſen und ſo bei Darſtellung der Geſchichte des Quaſibeſitzes (§ 62 S. 655) entwickelt, wie ſie keineswegs ſchon den Servitutenbeſitz als ſolchen haben ſchützen ſollen[a]), ſondern wie

a) Allerdings nennt Paulus in l. 2 § 3 de interd. 43, 1 unter den interd. *adipiscendae possessionis*, die er eben als die definirt hat, „quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem", auch das „interd., quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto" und ſcheint damit alſo das interd. de itin. actuque priv. in der Erweiterung, nach welcher ſich der Käufer des herrſchenden Grundſtücks auch auf die Ausübungshandlungen ſeines Auctor berufen kann, bezeichnen zu wollen. Da aber Paulus wieder grade der Juriſt iſt, der ſo entſchieden in Abrede ſtellt, daß ſich Beſitz an Wegeſervituten denken laſſe, und ferner nach jener l. 2 de interd. alle Interdicte, die ein Privatvermögen ſchützen ſollen (quae ad rem familiarem spectant), entweder interd. adipiscendae oder recuperandae oder retinendae *possessionis* ſein ſollen, ſo wird man annehmen dürfen, daß „*possessio*" hier gar nicht ſeine beſondere techniſche Bedeutung hat, ſondern in

ſie ganz ohne Rückſicht auf deſſen Exiſtenz oder Nichtexiſtenz unter beſtimmten Vorausſetzungen, aus welchen die Unentbehrlichkeit der ſeither geübten Servitut gefolgert wurde, die Fortſetzung der Ausübung ermöglichen ſollten[b]). Ferner machten wir auch ſchon darauf aufmerkſam, wie dieſe Interdicte, ſobald einmal die erforderlichen Vorausſetzungen vorhanden waren, immer auch die ganze ihnen im Edict geſetzte Zeit hindurch benutzt werden konnten, mochten auch immerhin die letzten der vorgenommenen Ausübungshandlungen nur vi, clam oder precario geſchehen und damit der Quaſibeſitz vitiös geworden ſein. Demgemäß waren dieſe Interdicte auch nicht reſtitutoriſch, d. h. ſie ſchafften nicht Erſatz für die ſeitherige Störung, in der ja kein eigentliches Unrecht zu liegen brauchte, ſondern ſie waren nur prohibitoriſch, d. h. ſie ſollten bewirken, daß die fernere Ausübung nicht geſtört werde[c]). Da, wo die Störung von jemanden

---

einem weitern unbeſtimmtern Sinne gebraucht wird. Er meint: die Interdicte ſcheiden ſich, je nachdem ſie einen neuen Zuſtand ſchaffen, einen früheren wiederherſtellen oder einen jetzt vorhandenen erhalten ſollen. Sonſt würde er ja z. B. auch das interd. Quod vi aut clam, das doch regelmäßig auch zu den Interd. gehört, quae ad rem familiarem spectant, einer dieſer drei Kategorieen zutheilen, und doch ſchützt daſſelbe durchaus nicht immer im Beſitz oder ſtellt ſolchen her, ſondern es zwingt z. B. den Beſitzer eines Grundſtücks, die auf demſelben heimlich errichteten Werke niederzureißen, ohne ihm aber den Beſitz irgend wie zu nehmen. Und ſo verhält es ſich noch mit manchen andern Interdicten.

b) Darauf, daß bei dieſen Interdicten nicht nach dem gegenwärtig vorhandenen Quaſibeſitz gefragt wird, ſondern nur nach den einzelnen früheren Ausübungshandlungen, bezieht ſich auch wohl Ulpian's Ausſpruch in l. 1 § 2 de interd. 43, 1: Interdictorum quaedam in praesens, quaedam in praeteritum referuntur; in praesens ut Uti possidetis, in praeteritum ut de itinere actuque, de aqua aestiva.

c) L. 1 de itin. act. priv. 43, 19; l. 1 § 1, § 27 de aq. quot. 43, 20 u. a. a. O. Wenn es dagegen in l. 3 § 3 de itin. heißt: In hoc interdicto examinatur, quanti eius interesse, via non prohiberi sive itinere, und in l. 2 § 2 de interd.: Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato, nam proprietatis causam continet hoc interdictum — ſo wird darin nur feſtgeſtellt, was der Beklagte zu leiſten hat, wenn er noch nach dem Beginn des Interdictenverfahrens

ausging, der ſelbſt eine Servitut ſeither geübt haben und durch dieſe zu jener Störung ermächtigt ſein wollte, nahm das Interdict den Charakter eines interd. duplex an, indem im Urtheil anerkannt werden mußte, ob der Kläger, oder ob der Beklagte in der Ausübung der beanſpruchten Servitut zu ſchützen und demgemäß der andern Partei die Ausübung der damit unvereinbaren Servitut zu unterſagen ſei. Das Beſtehen einer Wegeſervitut pflegt aber eine andere an demſelben Wege beſtehende noch in keiner Weiſe zu hindern, ſo daß das Wegeinterdict nie gebraucht werden wird, weil ein Anderer auch eine Wegegerechtigkeit beanſprucht, ſondern nur, weil ein Anderer aus irgend einem Grunde alles Gehen hindert, und deßhalb nennt Paulus dies Interdict in l. 2 pr. de interd. ausdrücklich als Beiſpiel eines interd. simplex; dagegen bei Waſſergerechtigkeiten wird es häufiger geſchehen, daß die Ausübung der einen die andere unmöglich macht, und deßhalb heißt es von dem interd. de aqua quotidiana in l. 1 § 26 de aq. quot., daſſelbe ſei ein interd. duplex.

Daß zur Begründung aller dieſer Interdicte die bloße Vornahme der geforderten Ausübungshandlungen (das uti) nicht genügte, ſondern daß daſſelbe in der Abſicht geſchehen ſein mußte, eine Wege- oder Waſſerleitungsſervitut zu üben, haben wir auch ſchon oben (§ 62 S. 660 und 682) ausgeführt, und die dort für den Quaſibeſitz aufgeſtellten Regeln haben in dieſer Beziehung hier völlige Geltung. Die vitia possessionis heben auch dieſe Interdicte ebenſo wie das interd. uti possidetis auf, da der Prätor alle nur unter der Bedingung verlieh, daß nec vi, nec clam, nec precario und zwar „ab illo“ oder „a te“[d]), d. h. dem Verklagten gegenüber geübt ſei, ſo daß ſich alſo nur der, von welchem das precarium verliehen oder welcher durch die Gewaltſamkeit verletzt oder durch die Heimlichkeit hat getäuſcht werden ſollen, ſich auf dieſe Fehler berufen kann. Dritten

die Ausübung ſtört, und für dieſen Fall verfügt die letztere Stelle, es müſſe die Summe erſetzt werden, um welche das Eigenthum des herrſchenden Grundſtücks durch Verhinderung des Zugangs weniger nutzbar geworden ſei.

d) L. 1 pr. de itin.; l. 1 pr. de aq. quot.; l. 1 pr. de riv.; l. 1 pr. § 6 de fonte.

gegenüber konnten die Interdicte ebenſo, wie die poſſeſſoriſchen dennoch angeſtellt werden[e]). Ob nun aber der, welcher das Interdict erheben will, geglaubt haben muß, daß er kraft einer Realſervitut geübt habe, oder ob dazu auch der Glaube genügt, eine zu den fraglichen Handlungen ermächtigende Perſonalſervitut zu haben, dieſe Frage wird bei den Wegeinterdicten anders entſchieden werden müſſen, wie bei den Waſſerinterdicten. Für letztere wird ausdrücklich anerkannt, daß eine Waſſergerechtigkeit jeglicher Art und auch eine ſolche, die zu ſtädtiſchen Grundſtücken führe, oder die nicht mit einem beſtimmten Grundſtück verbunden ſei, mit dieſen Interdicten vorläufig geſchützt werde[f]), und mit Recht; denn der Prätor ſagte allgemein: uti uquam duxisti, uti de eo fonte usus es etc., — nicht aber: uti aquaeductus oder aquaehaustus servitute usus es. Dagegen aber begann das Edict vom Wegeinterdict damit: Quo itinere actuque privato . . vel via . . . usus es; und als iter, actus oder via galt, wenn dieſe Worte, wie die Zuſammenſtellung ſchließen läßt, ihre volle techniſche Bedeutung haben, eben nur der durch eine dingliche Servitut geſchaffene Weg, und deßhalb wird auch ausdrücklich in l. 1 § 1 de itin. geſagt, dies Interdict ſei nur beſtimmt, ad tuendas rusticas servitutes.

Eines weitern Nachweiſes, als deſſen, daß man innerhalb der beſtimmten Zeit ſo und ſo in der Abſicht, eine Servitut zu üben, gebraucht habe, bedurfte es nicht, und inſonderheit war es nicht nöthig, noch den Beſitz eines angeblich herrſchenden Grundſtücks nachzuweiſen, ſo daß der Verkäufer eines Grundſtücks die Interdicte auch noch nach der Veräußerung wegen der von ihm als Beſitzer des Grundſtücks geübten Wege- und Waſſerinterdicte anſtellen konnte[g]), oder der Eigenthümer nach Errichtung eines Uſusfructs auch dem Uſufructuar gegenüber, falls dieſer ihn an der weitern Benutzung der dem uſufructuariſchen Grundſtück zuſtehenden Wegeſervituten hindern wollte, Schutz zu erlangen vermochte[h]). Das Interdict

e) L. 1 § 11 de itin.
f) L. 1 § 11 und § 12 de aqua quot.
g) L. 1 § 24 de aq. quot.
h) L. 3 § 5 de itin.

ſchützte aber nur die Benützungsweiſe, welche in allem und jedem der früheren entſpricht, auf welche man ſich zur Begründung des Interdicts berufen hat[i]), und daher wird auch der Verkäufer oder der Innehaber eines nudum dominium daſſelbe nur dann mit Erfolg brauchen können, wenn er noch factiſch in einer Lage iſt, wo er die Servitut zu Gunſten des verkauften oder zum Uſusfruct gegebenen Grundſtücks verwenden kann.

Es iſt nicht erforderlich, daß der, welcher das Interdict erhebt, immer in eigener Perſon die Servitut geübt habe, ſondern es genügt, daß die Ausübung in ſeinem Namen und zu Gunſten des angeblich herrſchenden Grundſtücks durch einen Stellvertreter, wie etwa durch Sklaven, Inquilinen, Pächter, Precariſten oder beſuchende Freunde geſchehen iſt[k]). Weiter zu gehen und auch dem Rechtsnachfolger die Berufung auf die Ausübung ſeines Vorgängers zu geſtatten, ſcheint man Anfangs gezaudert zu haben; das Interdict de aqua aestiva, bei welchem dieſe Frage der längern Friſt halber am häufigſten practiſch geweſen ſein wird, hat der Prätor wenigſtens ausdrücklich für den Erben und für den Käufer erweitern müſſen[l]). Später aber wurden alle dieſe Interdicte ganz allgemein jedem Rechtsnachfolger auf Grund der Ausübungshandlungen ſeines Vorgängers gegeben, ſobald er nur ſeinen Anſpruch wirklich von dieſem ableiten konnte und ein rechtliches Band zwiſchen ihm und demſelben beſtand. So erhielt es neben dem Erben des ſeither Ausübenden der, welcher das herrſchende Grundſtück von ihm gekauft, oder durch Schenkung, Legat u. ſ. w. erhalten hatte, oder dem nur der Uſusfruct daran durch ihn beſtellt war[m]), und ſelbſt dann, wenn dieſe Alle auch nur einen Theil des herrſchenden Grundſtücks, beziehungsweiſe des Uſusfructs erworben hatten[n]). Wo dagegen jemand das herrſchende Grundſtück erhält, ohne ſein Recht von dem herzuleiten,

---

i) L. 1 § 15—§ 18, l. 2 de aq. quot. Ueber die l. 1 § 16 daſelbſt ſiehe oben § 16 S. 148.

k) L. 1 § 7, § 11, l. 3 § 4, § 7, l. 6 de itin.

l) L. 1 § 29 und § 37 de aq. quot.

m) L. 2 § 3 si serv. vind. 8, 5; l. 3 § 8—10 de itin.; l. 1 § 37 de aq. quot.; l. 3 § 7 de rivis; l. 1 § 3 und § 11 de fonte.

n) L. 3 si serv. vind.

der es ſeither inne hatte und die Servitüt benutzte, da ward auch nicht eine Succeſſion in das Interdict anerkannt, und daher konnte ſich der Eigenthümer nicht auf die Ausübungshandlungen berufen, die ein bonae fidei possessor, ehe der Eigenthümer ſein Recht geltend gemacht hatte, oder ein Uſufructuar vor dem Heimfall des herrſchenden Grundſtücks von dieſem aus vorgenommen hatte[o]).

Was nun die Vorausſetzungen der einzelnen hierher gehörigen Interdicte betrifft, ſo iſt das interd. de itinere actuque privato[p]), wie wir ſchon früher erwähnten (§ 42 S. 397), wahrſcheinlich zunächſt nur zum Schutz eines iter und actus gegeben und erſt ſpäter auf die via erweitert; es ſetzt voraus, wie wir auch ſchon früher ausführten, daß der Weg innerhalb des letzten Jahres, und zwar dies von Anſtellung des Interdicts an gerechnet[q]), an dreißig verſchiedenen Tagen in der Weiſe, wie ſie jetzt geſtört wird, benutzt iſt (vgl. § 62 S. 656 Anm. p).

Das interd. de aqua quotidiana[r]) ſetzt voraus, daß das Waſſer im letzten Jahre ſo, wie es jetzt der Kläger verlangt, geleitet worden iſt. Dieſe Friſt entzog aber die Wohlthat dieſes Interdicts gegen die Abſicht des Prätors ſehr häufig ſolchen Servituten, vermöge deren man nur zu einer beſtimmten Zeit im Jahre bewäſſern konnte, indem dieſe in Folge von Witterungsverhältniſſen und dergl. bald früher, bald ſpäter eintrat, und ſo mitunter zwölf Monate verſtreichen konnten, ehe die Bewäſſerung möglich war, während der Nutzen derſelben für den Feldbau doch ebenſo groß war, wie da, wo öfter geleitet werden konnte. Deßhalb proponirte der Prätor für ſolche Fälle ein zweites Interdict, das de aqua aestiva[s]), welches ange-

o) L. 1 § 8, l. 3 § 4 de itin. act.

p) L. 1 pr. de itin. act. Praetor ait: *Quo itinere actuve privato, quo de agitur, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.*

q) L. 1 § 3 de itin.

r) L. 1 pr. de aq. quot. Ait Praetor: *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, vim fieri veto.*

s) L. 1 § 29 de aq. quot. Deinde ait Praetor: *Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita duceas, vim fieri veto. Inter heredes, emtores et bonorum possessores interdicam.*

ſtellt werden ſollte, wenn nur innerhalb des letzten völlig verfloſſenen Sommers einmal geleitet war, ſo daß in dem Falle, da im Anfang des einen Sommers geleitet, kurz vor dem Schluß des folgenden aber erſt das Interdict erhoben ward, demſelben eine Friſt von faſt achtzehn Monaten geſtattet war[t]). Dieſe längere Friſt ſollte aber nicht ſchon da gegeben werden, wo jemand glaubte, er könne nur im Sommer leiten, — denn darauf hätten ſich dann Alle berufen, welche die Friſt des interd. de aqua quotidiana verſäumt hätten, — ſondern nur da, wo das Waſſer der Sachlage des einzelnen Falles nach nur im Sommer geleitet werden konnte, weil es entweder im Winter zu wenig war, oder es doch da keinen Nutzen gewährt hätte[u]). Der Sommer ward gerechnet von der Frühlingstagundnachtgleiche bis zur Herbſttagundnachtgleiche[v]). Der Prätor hatte ſo für den Fall geſorgt, welcher im römiſchen Leben am häufigſten vorgekommen ſein wird; es konnte aber auch geſchehen, daß die Leitung nicht in den ſechs Sommermonaten, ſondern nur innerhalb der ſechs Wintermonate vorgenommen zu werden pflegte, und konnte der oben erwähnte Uebelſtand auch wieder eintreten. Deßhalb erweiterten für dieſen Fall die Doctrin die prätoriſchen Beſtimmungen und ließ ein interd. de aqua aestiva utile zu[w]).

Das interd. de rivis[x]) ſetzt ebenfalls Leitung von Waſſer im laufenden Jahre oder im letzten verfloſſenen Sommer voraus, ſo daß die Zeitgrenzen hier ohne Unterſchied weiter geſteckt ſind, und bezweckt Wiederherſtellung aller Vorrichtungen, welche zur Leitung des Waſſers nöthig ſind. Dieſe ſollen im Ganzen ſo wiederhergeſtellt werden, wie ſie früher waren[y]); das Oeffnen eines früher bedeckten Kanals, oder umgekehrt das Bedecken eines ſeither offenen ſoll jedoch

t) L. 1 § 29 sqq. de aq. aest.

u) L. 6 daſelbſt.

v) L. 1 § 32 daſelbſt.

w) L. 1 § 35 de aqua.

x) L. 1 pr. de rivis. Praetor ait: *Rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa, quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam priore aestate n. v. n. o. n. p. a te duxit, vim fieri vetp.*

y) L. 1 § 10, § 11, l. 3 de riv.

noch als eine ſolche erlaubte Reparatur gelten und mit dem Interdict geſchützt werden, es ſei denn, daß der, welcher dies hindern will, nachweißt, daß er Schaden erleide, und zwar nicht bloß in der Weiſe, daß ihm ein zufällig gewordener Vortheil entgeht, ſondern daß ein von Anfang an von den Conſtituenten beabſichtigtes Verhältniß verletzt wird[z]). Dies Interdict iſt zu Gunſten der Dampfröhren, wie ſie in den Bädern gebraucht wurden, erweitert worden, ſo daß man auch deren Reparatur, wenn ſie vermöge einer Servitut durch das fremde Grundſtück gehen, damit erzwingen kann[aa]). Die operis novi nuntiatio iſt wirkungslos, ſobald dies Interdict begründet iſt[bb]), dagegen wird der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks, wenn es auch in dem Pandektentitel de rivis nicht geſagt wird, eine cautio damni infecti wegen aller ihm etwa durch den Bau entſtehenden Beſchädigungen fordern und nöthigenfalls bis zu deren Beſtellung den Bau inhibiren dürfen. Der ſo oft beobachtete Satz, daß dieſe Cautionsleiſtung von jedem gefordert werden kann, der aus irgend einem Grunde auf fremden Grund und Boden bauen will, wird auch hier angewandt worden ſein, und ohnehin unterſucht auch Ulpian nach dem Vorgang von Labeo in l. 30. § 1 de damno inf 39. 2 ob der, qui modulorum aut rivi faciendi causa opus faceret... in alieno solo, dieſe Caution beſtellen müſſe, und ſcheint alſo grade an unſern Fall gedacht zu haben.

Die drei zuletzt beſprochenen Servituten ſollten die Ausübung des Rechts, Waſſer zu leiten, ſchützen; dieſelbe Function hatten für die serv. aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus und die entſprechenden Perſonalſervituten das interd. de fonte[cc]) und das interd. de fonte purgando[dd]), deren Friſt aber immer ſchon mit

---

z) L. 1 § 11, l. 2 daſelbſt.

aa) L. 3 § 6 daſelbſt.

bb) L. 3 § 8 daſelbſt.

cc) L. 1 pr. de fonte. Praetor ait: *Uti de eo fonte, q. d. a, hoc anno aqua n. v. n. e. n. p ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscina item interdicam.*

dd) L. 1 § 6 de fonte. Deinde ait Praetor: *Quo minus fontem, q. d. a., purges reficias, ut aquam everrere, utique ea possis, dum ne*

dem ersten Jahr nach der letzten Benutzung der Quelle ablief. Eine Erweiterung dieser Frist war hier kein Bedürfniß. Das erstere Interdict schützt nicht nur das Schöpfen selbst, sondern auch die Benutzung des Wegs zum Brunnen. Mit dem interd. de fonte purgando sollte man beim Reinigen, beim Fassen der vorhandenen Quellen, oder auch der Seen, aus denen man schöpfen durfte, geschützt werden, dagegen sollte es nicht ermächtigen nach neuen Quellen zu suchen ee).

Wie alle diese Wasserinterdicte voraussetzen, daß für die beanspruchte Servitut die causa perpetua, oder wie diese Forderung für die Wasserservituten specialisirt lautete, daß aqua viva vorhanden sei, haben wir schon in früheren Abschnitten auszuführen gehabt; vgl. § 17 S. 161.

Gegen den Ablauf der für die einzelnen Interdicte aufgestellten Fristen, behielt sich der Prätor vor, ex iusta causa zu restituiren ff).

Den seither behandelten Interdicten schloß sich von jeher das interd. de itinere actuque reficiendo nahe an, obgleich es gar nicht zu den bloß provisorischen Schutzmitteln gehörte, sondern bei demselben alsbald petitorisch, d. h. über das Vorhandensein des Rechts verhandelt ward. Um nämlich denen, die kraft ihrer Servitut einen Weg ausbessern wollten und daran behindert wurden, die Vortheile des Interdictenverfahrens zu verschaffen, zugleich aber auch wieder zu vermeiden, daß nicht dem Eigenthümer durch unberechtigte Wegebauten auf seinem Grundstück unwiderbringlicher Schaden zugefügt werde, proponirte der Prätor ein besonderes Interdict gg), das einmal dieselben Voraussetzungen, wie das interd. de itinere actuque privato hat, so daß Benutzung des Wegs an dreißig Tagen des letzten

---

aliter utaris, atque uti hoc anno a. v. a. c. n. p. ab illo usus es, vim fieri veto.

ee) L. 1 de fonte.

ff) L. 1 § 9 de itin.

gg) L. 1 § 11 de itin. Praetor ait: *Qui itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quominus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto; qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat.*

Jahres nachgewieſen werden muß u. ſ. w., ſodann aber auch den Nachweis verlangt, daß eine Wegeſervitut vorhanden iſt, aus welcher die Befugniß zur Vornahme des fraglichen Baus abgeleitet werden kann. Es muß daher auch vom Kläger gezeigt werden, wie ohne Wegebeſſerung die Servitut nicht in der wahrſcheinlich beabſichtigten Weiſe, alſo ohne unverhältnißmäßige Beſchwerde geübt werden könne, wogegen dann der Verklagte exceptionsweiſe ausführen kann, daß bei dieſer beſondern Servitut dergleichen Bauten durch die Conſtituenten unterſagt ſeien [hh]). Wenn ſonach für dieſes Interdict ſtrengere Forderungen geſtellt werden, als für die interd. de rivis und de fonte purgando, die eine gleiche Function bei den Waſſerleitungsſervituten verſehen, ſo rechtfertigt Venuleius das in l. 4 de rivis durch die Ausführung, daß die Ausübung der Waſſergerechtigkeit gänzlich unterbrochen ſei, ſobald die Vorrichtungen nicht im Stande ſeien, und alſo alle die Gründe, welche eine ſchnelle Rechtshülfe gegen ſonſtige Störungen nöthig machten, auch ſolche gegen Verhinderung der Reparatur erforderten, daß dagegen die Schlechtigkeit eines Wegs nicht leicht denſelben gänzlich unbenutzbar mache, ſondern die Benutzung nur erſchwere, ſo daß es hier eines exceptionellen Schutzes nicht bedürfe, ſondern es genügen müſſe, wenn nur die Vortheile des Interdictenverfahrens dem Wegeberechtigten für dieſen Fall zugänglich gemacht würden. Dies Interdict ſchützt ihn aber dann nicht nur bei der eigentlichen Ausbeſſerung, ſondern auch bei allen den Handlungen, welche dieſe erſt vorbereiten müſſen, ſoweit die adminicula der Wegegerechtigkeit dazu ermächtigen; mit demſelben ſetzt er alſo auch die Befugniß durch, das zur Wegebeſſerung nöthige Material auch über andere Theile des dienenden Grundſtücks anzufahren, dort zu lagern u. ſ. w. [ii]). Doch muß er, ehe er dies Interdict irgendwie brauchen kann, dem Gegner wegen jedes bei Gelegenheit der Wegereparatur entſtehenden Schadens die cautio de damno infecto leiſten oder wenigſtens zu leiſten bereit ſein [kk]).

hh) L. 3 § 11—14 de itin.

ii) L. 3 § 15—l. 5 § 1 de itin. Früher ſoll das Interdict einen eigenen Zuſatz: ad refectionem utilia adportare, gehabt haben, der ſpäter als überflüſſig wegfiel; vgl. l. 4 pr. daſelbſt.

kk) L. 3 § 11, l. 5 § 4 daſelbſt.

§. 80.

Das interdictum de cloacis.

Um der großen Wichtigkeit willen, welche der gehörige Zustand der Kloaken nicht nur für das einzelne Haus, von welchem sie auslaufen, sondern auch für die ganze Nachbarschaft hat, hat der Prätor einmal gegen alle zur Ausbesserung derselben vorgenommenen Handlungen die operis novi nuntiatio für gänzlich unwirksam erklärt[a]), sodann aber auch ein besonderes Interdict proponirt, welches die alsbaldige Reparatur der Kloake, falls sie sich unter fremden Grund und Boden hinzieht, ermöglichen und gegen die Störung durch den Besitzer dieses Grund und Bodens sichern soll[b]). Dies Interdict schützt daher die Ausübung einer der wichtigsten Befugnisse, die aus der serv. cloacae hervorgehen, ja da es, wenn die Kloake in gehörigem Stand ist, keiner weitern Thätigkeit des Berechtigten auf dem dienenden Grundstück bedarf, sondern lediglich vom herrschenden Grundstück aus geschieht, so ist durch dieses Interdict auch die Ausübung der ganzen Servitut gesichert, zumal gegen eigenmächtige Verletzungen der Kloake durch den Besitzer des dienenden Grundstücks oder auch durch Dritte nicht bloß das Mittel bleibt, sie selbst zu repariren, sondern auch das interdictum quod vi aut clam den Beschädiger zur Vornahme dieser Reparatur, beziehungsweise zum Schadenersatz zwingt[c]). Um aber das interd. de cloacis anstellen zu können, ist, und darin scheidet sich dasselbe wesentlich von den seither besprochenen Servitutinterdicten, keinerlei Nachweis über Ausübung der serv. cloacae innerhalb einer bestimmten Zeit und darum auch keinerlei Bewußtsein eines Rechts beim Kläger, kein Fernsein

---

a) L. 5 § 11 de O. N. N. 39, 1; l. 1 § 13 de cloac. 43, 23.

b) L. 1 de cloac. Praetor ait: *Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus meis in tuas pertinent, q. d. a., purgare reficere liceat, vim fieri veto. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo.*

c) Wie zum Schutz der Kloaken dieses Interdict deßhalb eine besonders weite Anwendung erhielt, weil der Prätor das Interdict Uti possidetis nicht gab, wenn jemand mit einer prohibitio gegen Handlungen eines Besitzers einschritt, die seine Kloake bedrohten, werden wir erst später (§ 82) nachweisen können.

von vis, clandestinitas oder precarium erforderlich, ſondern es genügt nachzuweiſen, daß eine Kloake, oder eigentlich nur die erkennbaren Reſte einer ſolchen ſich von einem vom Kläger beſeſſenen Hauſe aus[d]) in ein vom Verklagten beſeſſenes Grundſtück[e]) hineinziehen und der Reparatur bedürfen, die der Verklagte kraft ſeines Beſitzes verhindert[f]). Schmidt von Ilmenau[g]) verlangt um der Worte des Edicts: ex aedibus meis, willen vom Kläger den Nachweis des Eigenthums oder eines Uſusfructs an dem herrſchenden Gebäude, da, wenn auch in dem Titel de cloacis nichts über die Legitimation des Klägers geſagt werde, doch für das interd. de arboribus caedendis die Worte des Prätors: quae arbor ex aedibus *tuis* in aedes *illius* u. ſ. w. dahin interpretirt würden, daß der Kläger Eigenthümer oder Uſufructuar ſein müſſe[g]). Allein abgeſehen davon, daß der Beweis des Eigenthums den Gebrauch dieſes Rechtsmittels, das doch größtmögliche Präciſion weſentlich zum Zweck hat, ſehr erſchweren würde und oft bis zu dem Grade, daß ſich die Anſtellung der confeſſoriſchen Klage als Publiciana noch mehr empfehlen würde, ſo müßte man auch conſequenter Weiſe die Worte des Edicts „in aedes tuas“ ebenſo überſetzen und fordern, daß auch der Verklagte Eigenthümer des betreffenden Grundſtücks und nicht bloßer Beſitzer ſei, ſo daß dem Letztern gegenüber dies Rechtsmittel unbrauchbar wäre, während er doch kraft ſeines Beſitzes die Reparatur völlig ſtören konnte. Der bloße Beſitzer wäre dann ja beſſer geſtellt, wie der Eigenthümer. Muß man daher annehmen, daß das „in tuas“ heißt: in das von Dir beſeſſene Haus, ſo wird man auch das „ex aedibus meis“ in entſprechender Weiſe erklären dürfen, und der Nachweis des Beſitzes wird zur Anſtellung dieſes Interdicts genügen.

---

d) L. 1 § 8 de cloac.

e) War dies ein praedium rusticum, ſo war das Interdict nur als utile zuläſſig. L. 1 § 8 daſelbſt.

f) Denn verhindert jemand ohne Beſitzer zu ſein, ſo bedarf man nicht dieſes Interdicts, ſondern kann Gewalt mit Gewalt vertreiben, oder die Injurienklage anſtellen. Das Edict ſagt darum ausdrücklich: in aedes *tuas*.

g) Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtsw. Bd. XV, S. 78.

Ohnehin ist auch der Fall des interd. de arboribus caedendis in so fern wesentlich von dem vorliegenden unterschieden, als es sich dort um definitive Regelung des Nachbarverhältnisses handelt, und die Jurisprudenz daher mit vollem Grunde die Worte des Prätors dahin auslegte, daß das Vorhandensein des Rechts erwiesen sein müsse, während es sich hier nur um vorläufigen Schutz handelt und der confessorischen oder negatorischen Klage ihre volle Wirksamkeit unbeschränkt verbleibt, so daß hier des Prätors Worte ohne welche Gefährde dahin erklärt werden konnten, daß der Beweis des Besitzes genügen müsse. Zur Bestellung der cautio damni infecti mußte sich der Kläger, wie überall, wo jemand auf fremden Grund und Boden bauen wolle, auch hier wieder erbieten [h]). Das Interdict schützt nur das purgare und reficere, also die Wiederherstellung einer früher bestandenen Leitung; wie weit der Bau den Charakter einer Reparatur trägt, und wann er anfängt, den Charakter eines Neubaus anzunehmen, wird für diesen Fall nicht näher bestimmt, und es werden daher die für die Wege- und Wasserinterdicte gegebenen Regeln analog anzuwenden sein [k]).

---

h). L. 1 § 4 und 5 de arbor. caed. 43, 27.

i) L. 1 § 12 de cloacis.

k) Das von Venuleius im Anfang der l. 2 de cloac. erwähnte Interdict, ne facienti cloacam vis fiat, welches die neue Anlage einer Kloake schützen soll, wird sich nur auf öffentlichen Grund und Boden bezogen haben, da sonst nirgends eine ähnliche Bildung vorkäme, und das Bedürfniß eines solchen exceptionellen Schutzes dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegenüber ganz fehlte, wenn seither noch keine solche Kloake bestand und damit erwiesen ist, wie sie möglicher Weise vom herrschenden Hause hat entbehrt werden können, und daher der gewöhnliche Weg des Processes ohne besondern Nachtheil eingehalten werden kann. Beim Interdict de itin. actuque reficiendo, auf welches sich Schmidt a. a. O. S. 85 ff. beruft, um wenigstens die Möglichkeit der Verwendung des von Venuleius genannten Interdicts zu Gunsten der serv. cloacae zu erweisen, verhielt es sich in so fern ganz anders, als immer zur Voraussetzung desselben die Benutzung des Wegs im letzten Jahre gehörte.

§. 81.

Indirecter Schutz der Ausübung von Servituten durch poſſeſſoriſche Interdicte.

In einer beſchränkten Weiſe ſcheinen gewiſſe Realſervituten ſchon lange vor Ausbildung der Theorie vom Quaſibeſitz durch die Interdicte Uti possidetis und Unde vi geſchützt zu ſein; denn da, wie wir ſchon früher wiederholt ausführten (§ 62 S. 651 und S. 670), die Ausübung ſolcher Servituten, welche die Herſtellung einer dauernden, unmittelbar mit dem herrſchenden Grundſtück verbundenen Vorrichtung auf dem dienenden Grundſtück zum Gegenſtande hatten, von jeher nur als ein Element des Beſitzes der herrſchenden Sache ſelbſt, als eine beſondere Qualification deſſelben aufgefaßt wurde, ſo wird auch eine Störung derſelben als eine Stötung im Beſitz der herrſchenden Sache gegolten und mit den entſprechenden Interdicten haben abgewehrt werden können[a]). Es genoß hier alſo der

a) Das interd. Uti possidetis wird in einem ſolchen Falle ausdrücklich zugelaſſen, und zwar ſchon von ältern Juriſten. In l. 3 § 5 uti poss. 43, 17 wird von Ulpian die Frage aufgeworfen: si projectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interd. Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Caſſius habe die Anwendbarkeit des Interdicts geleugnet, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem, d. h. es ſei dieſer Ueberbau in demſelben Beſitz, wie das angeblich herrſchende Haus, ja ein Theil dieſes Beſitzes, während der Nachbar eine ganz andere Sache, ſeinen Acker, beſitze; da nun das interd. Uti possidetis vorausſetze, daß über den Beſitz derſelben Sache geſtritten werde, ſo ſei das Interdict unzuläſſig. Caſſius kennt alſo dieſes nur noch in der ältern Geſtalt (vgl. Brunz, Recht des Beſitzes § 6), in der Kläger wie Verklagter denſelben Beſitz in Anſpruch nehmen mußten, und es noch nicht zur bloßen Abwehr unberechtigter Angriffe benutzt wurde. Im § 6 berichtet Ulpian ſodann aber, wie Labeo dieſelbe Frage aufgeworfen (darum das: L. quoque dicit) und unterſucht habe, ob das Interdict für dieſen Fall alſo habe formulirt werden können: sicut nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectum est. Die Antwort, welche Labeo hierauf gegeben hat, erhellt erſt aus § 7; denn wäre ſie nicht bejahend geweſen, ſo könnte hier nicht fortgefahren werden: Aber der, welcher ein Zimmer über das fremde Haus als ſelbſtändige Superficies und mit eigenem Eingange von der Straße her inne hat, kann kein interd. Uti possidetis, ſondern nur das interd. de superficiebus anſtellen. Das iſt nur wahr, fügt Ulpian noch-

Quaſibeſitz der Servitut unter der Decke des Beſitzes der herrſchenden Sache einen indirecten Interdictenſchutz, jedoch nur ſoweit, als er ſich durch jene Vorrichtungen manifeſtirte, und zog deßhalb der Innehaber einer serv. tigni immittendi den Balken aus der fremden Mauer heraus, ſo ſtand ihm nach Anſicht der ältern Juriſten gewiß kein Interdict zu, falls der Nachbar die alsbaldige Wiedereinfügung eines neuen Balkens verhinderte, obgleich doch nach unſern früheren Ausführungen die Quaſipoſſeſſio noch nicht nothwendig verloren ſein würde. Man hat vielfach geglaubt, jene Auffaſſung habe bei allen ſtädtiſchen Servituten Anerkennung gefunden; allein in den Stellen, wo die einzelnen Rechtsmittel aufgezählt werden, mit denen man ſich gegen eigenmächtige Störungen negativer Servituten ſchützen kann, werden die poſſeſſoriſchen Interdicte nicht genannt[b]), und daraus geht ſchon hervor, wie z. B. in dem Höherbauen gegen eine

---

mals hinzu, wenn er einen Zugang von der Straße hat. Demnach alſo, hat er einen ſolchen von ſeinem benachbarten Hauſe her, und ſtellt ſich das Verhältniß daher nicht als eine Superficies, ſondern als eine Servitut zu Gunſten des Nachbarhauſes heraus, ſo hat er das interd. uti possidetis. Vergl. Rudorff in der geſch. Zeitſchr. Bd. XI ff. — Wangerow (Leitfaden Bd. I, § 355) ignorirt ganz den § 7 und findet deßhalb in § 5 und § 6 eine Beſtätigung ſeiner Behauptung, daß das interd. Uti possidetis nie zum Schutz ſtädtiſcher Servituten gegeben ſei. Wenn er dieſe weiter damit begründen will, daß der weſentliche Zweck dieſes Interdicts immer die Regelung der Parteirollen für das Petitorium geweſen ſei, dieſe aber hier nicht zu geſchehen brauchte, da ſie ganz unabhängig vom Beſitz erfolge, daß aber ferner die Frage, wer Beſitzer ſei, hier ſchon durch das Vorhandenſein der Vorrichtungen dem Auge ſo deutlich beantwortet werde, daß darüber kein Streit ſein könne und es der richterlichen Hülfe nicht bedürfe; — ſo überſieht er, daß es z. B. auch zwiſchen Uſufructuar und Eigenthümer der Regelung der Parteirollen für das Petitorium nicht bedurfte und doch das interd. Uti possidetis zugelaſſen wurde, daß deſſen Zweck auch war, während des Petitoriums der einen Partei die Ausübung zu ermöglichen, daß das bloße factiſche Vorhandenſein der Vorrichtung noch nicht zum juriſtiſchen Beſitz der Servitut genügt und daher der Richter noch weiten Spielraum für ſeine Thätigkeit hat, um feſtzuſtellen, ob der animus vorhanden und die Beſitzfehler vermieden ſind, ja daß endlich ſelbſt darüber geſtritten werden kann, wie weit die Vorrichtung vor der Störung beſtanden hat. Alſo überflüſſig iſt das interd. uti possidetis keineswegs.

b) L. 6 § 1 si serv. vind. 8, 5; l. 5 § 10 de O. N. N. 39, 1.

serv. altius non tollendi eine Verletzung des körperlichen Beſtandes der herrſchenden Sache nicht gefunden wurde; bei Wegſchneidung eines Balkens, der über die Grenze beider Grundſtücke hinwegragte, war es anders, — hier ging Servitutenausübung und Beſitz der körperlichen Sache ſo in einander über, daß man jene nicht ohne dieſen ſtören konnte. Das konnte aber auch unſers Erachtens bei nicht ſtädtiſchen Servituten vorkommen (wenn wir ſie in dem gewöhnlich gebrauchten Sinne verſtehen) und wenn z. B. ein Nachbar die vom fremden Grundſtück in ſein Land hineingewachſenen Baumwurzeln eigenmächtig abſchnitt und alſo die Ausübung einer entſprechenden Servitut ſtörte, ſo wird er nicht nur mit der aquiliſchen Klage und der actio arborum furtim caesarum c), ſondern auch mit Interdicten wegen Störung im Beſitze des Nachbargrundſtücks belangt worden ſein können.

§. 82.

Interdictum quod vi aut clam. — Operis novi nunciatio.

Die ſeither beſprochenen Interdicte vermochten, wenn auch nur unter mancherlei beſchränkenden Vorausſetzungen, für beſtimmte Klaſſen von Servituten jede Störung in der Ausübung zurückzuweiſen; daneben hatte das ältere Syſtem noch beſondere Schutzmittel gegen die Art der Störungen, welche durch Veränderungen an Grund und Boden vorgenommen wurden, und dieſe konnten zum Schutz aller Servituten benutzt werden. Hierhin gehört zuerſt das interd. Quod vi aut clam, durch welches der Innehaber des dienenden Grundſtücks angehalten werden konnte, alle dort im letzten Jahre a) trotz erhobenen Einſpruchs (vi) oder heimlich b) vorgenommenen Aenderungen c), wenn

c) L. 6 § 2 arbor. furt. caes. 47, 7.

a) Deſſen Berechnung regelt l. 15 § 4 quod vi aut clam 43, 24. Ausnahmsweiſe kann es auch wegen früherer Veränderungen gebraucht werden, nach l. 15 § 5 und 6 daſelbſt.

b) Ueber den Begriff der vis und clandestinitas in Beziehung auf dieſes Interdict ſiehe: l. 1 § 5 bis l. 5 § 8, l. 11 § 5, l. 20 quod vi aut clam.

c) Dieſe werden näher beſtimmt in: l. 7 § 5 bis l. 11 § 3, l. 13 pr. § 3, 4, 7, l. 18, l. 19, l. 22 daſelbſt.

ſie von ihm ſelbſt ausgingen, wieder rückgängig zu machen und den entſtandenen Schaden zu erſetzen[d]), wenn ſie ohne ſein Zuthun durch Andere herbeigeführt waren, deren Rückgängigmachung zu dulden[e]), beziehungsweiſe, wenn ſein Erblaſſer ſie vollführt hatte, den ihm daraus erwachſenen Gewinn herauszugeben[f]). Von dem, welcher die Veränderung vorgenommen hatte, nun aber die veränderte Sache nicht mehr beſaß, konnte Entſchädigung erlangt werden[g]).

Ob die Einſprache (prohibitio) gegen jede Veränderung auf dem eigenen oder fremden Grund und Boden in gültiger Weiſe, ſo daß ihre Nichtbeachtung alsbald das Interdict begründete, wirklich von jedem Beliebigen ohne Nachweis eines Rechtes dazu habe vorgenommen werden können, wie es aus der allgemeinen Faſſung des Edicts hervorzugehen ſcheint[h]), und wie dann noch die viel beſchränktere und, von einigen Nebenpunkten abgeſehen, weit weniger vortheilhafte operis novi nunciatio eine ſelbſtändige Stellung habe behaupten können, iſt bekanntlich eine ſchwierige und viel beſprochene Frage. Ein näheres Eingehen auf dieſelbe iſt uns hier bei dem uns zugemeſſenen Raum, und da ſie unſerm nächſten Ziele ferner liegt, nicht geſtattet; wir können aber auf die Ausführungen von Schmidt (Gießer Zeitſchrift, Neue Folge Bd. I S. 346 ff.) und von Vangerow (Leitfaden, Bd. III § 677) verweiſen, indem wir mit ihnen annehmen, daß dieſe Einſprache von einem jeden erhoben werden konnte, daß ſie aber, wenn ſie einem Beſitzer gegenüber in Beziehung auf das von ihm beſeſſene Grundſtück erhoben ward, als ein Eingriff in ſeinen Beſitz erſchien und daher, falls dieſer Eingriff ungerechtfertigt vorgenommen ward, mit dem Interdicte Uti possidetis zurückgewieſen werden konnte[i]). Wer daher

d) L. 11 § 4, l. 13 § 7, l. 15 § 7, l. 16 § 2 daſelbſt.

e) L. 7 pr., l. 13 § 7, l. 14, l. 15 § 1, l. 16 § 2 daſelbſt.

f) L. 15 § 3 daſelbſt.

g) L. 16 § 2 daſelbſt.

h) L. 1 pr. quod vi aut clam; vgl. § 1—§ 5 daſelbſt.

i) Eine Ausnahme fand nur zu Gunſten der Kloaken ſtatt. Prohibirte der Innehaber einer serv. cloacae, um dieſe zu ſchützen, die Vornahme von Bauten, ſo konnte der geſtörte Beſitzer doch nicht das Interdict Uti possidetis

trotz erlaſſener Prohibition, von wem ſie auch immer ausgegangen ſein mag, die Veränderung vornimmt, verfällt dem Interdict Quod vi aut clam; wer aber der Prohibition dieſe Kraft nehmen will, und ſeinen Beſitz zu erweiſen vermag, kann das Interdict Uti possidetis erheben[k]). Dieſem gegenüber kann die Vertheidigung aber nicht bloß darin beſtehen, daß man den Beſitz des Gegners beſtreitet, ſondern auch darin, daß man darlegt, wie man ſeiner Seits in einem Verhältniß zur Sache ſteht, auf Grund deſſen man auch gegen den Willen des Beſitzers auf die körperliche Sache in der beſtimmten Weiſe einwirken kann, indem man ſie z. B. aus einem Rechtsgrunde detinirt. Dieſes factiſche Verhältniß wird dem Interdict Uti possidetis gegenüber Berückſichtigung finden müſſen; dagegen das bloße Vorhandenſein eines Rechtes auf eine ſolche Einwirkung gewährt noch keine Befugniß zu eigenmächtigen Eingriffen in den Beſitz und vermag daher jene prohibitio nicht aufrecht zu erhalten. Daher konnte gewiß auch, ſo lange ein Quaſibeſitz an Servituten noch nicht anerkannt wurde, auf die Servitut allein eine dem Beſitzer der dienenden Sache gegenüber haltbare prohibitio nicht gebaut werden, und die operis novi nunciatio war auch für ſolche Fälle das einzige nachhaltige Mittel. Nur da, wo die Veränderung eine ſolche auf dem dienenden Grundſtück belegene, aber mit dem herrſchenden Grundſtück unmittelbar verbundene Vorrichtung betraf, wie ſie nach dem vorigen Paragraphen indirect durch Beſitzinterdicte geſchützt wurde, da wird auch die prohibitio durch Berufung auf dieſen indirecten Beſitz haben gerechtfertigt werden können. Davon abgeſehen war alſo früher die praktiſche Brauchbarkeit dieſer Prohibition für den Servitutberechtigten nur dem gegenüber, welchem keine poſſeſſoriſchen Interdicte in Beziehung auf die dienende Sache zur Seite ſtanden, eine durchgreifende, dagegen dem Beſitzer derſelben gegenüber eine ſehr geringe; allerdings mußte die Furcht vor dem Interdict Quod vi aut clam bewirken, daß nicht heimlich die Veränderungen vorgenommen

---

brauchen, weil der Prätor von dieſem Interdict ausdrücklich ſagte: De cloacis hoc interdictum non dabo, (vgl. l. 1 pr. uti possid.). Es iſt dies ein Theil des beſondern Schutzes, den die Kloaken genoſſen. Vgl. § 80.

k) L. 3 § 2 uti possid. 43, 17.

wurden, daß deßhalb oft eine Denunciation der beabsichtigten Aenderungen vorher ging und der Servitutberechtigte daher frühe seine Rechte geltend machen und die confessorische Klage erheben konnte; ferner gab ihm dies Interdict auch die Möglichkeit, für kurze Zeit, bis zur Anbringung des interd. Uti possidetis, die Störung der Servitut durch eine prohibitio zu verhindern, es hatte gleichsam die Function unsers Summariissimum aber allerdings nur auf eigene Gefahr und Kosten. Eine weit größere Bedeutung für die Servituten erhielt dies Interdict nach Ausbildung der Lehre vom Quasibesitz. Davon haben wir erst im folgenden Abschnitt zu reden.

Das zweite Schutzmittel gegen Störungen in der Ausübung von Servituten durch Veränderungen des Grund und Bodens war die operis novi nunciatio; doch mußten die Veränderungen hier einen bestimmtern Charakter haben, sie mußten Aenderungen eines Bauwerks oder durch ein Bauwerk sein [l]), und ferner waren es nicht alle Servituten, welche die O. N. N. schützen konnte, sondern nur bestimmte Arten. Allerdings sagt die l. 1 § 3 de remission. 43, 25: Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet, — und in l. 5 § 9 de O. N. N. führt Ulpian nach dem Vorbild von Sextus Pedius einen dreifachen Rechtsgrund (naturalem, publicam, impositiciam) für die Nunciation auf, und sagt über den letzten davon: *Impositiciam*, quum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem fecit. Allein daß doch nicht der Sinn dieser Stellen sein kann, kraft jeder Servitut sei man zur Nunciation berechtigt, geht aus der l. 14 de O. N. N. hervor, wo Julian sagt: Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur, und ebenso aus der wiederholten Vorschrift, daß der Usufructuar nur procuratio nomine nunciren dürfe, d. h. als Stellvertreter des Eigenthümers, und daher niemals gegen diesen [m]), — während es doch sonst die hauptsächlichste Function der O. N. N. ist, den Servitutberechtigten gegen Willkürlichkeiten des Eigenthümers zu schützen. Nur einmal

l) L. 1 § 1, § 11–13 de O. N. N. 39, 1.

m) L. 1 § 20, l. 2 de O. N. N.; l. 1 § 4 de remiss. 43, 25.

zuweiſen vermochte, auf welchem gebaut werden ſollte, um des unerſetzbaren Schadens willen zugeſtand, der ihm entſtehen konnte, wenn er nicht alsbald mit der nöthigen Energie gegen das Unternehmen einſchritt, — das läßt ſich dadurch rechtfertigen, daß doch immer ſchon von vorne herein eine große Wahrſcheinlichkeit dafür vorhanden iſt, daß ihm auch ein Recht zuſteht, jene Bauten zu hindern, und man wohl fordern kann, daß wer auf fremden Boden einen Bau vornehmen will, ſich erſt verſichere, ob er Einſpruch zu erwarten habe, und in dieſem Falle ſich ſo einrichte, daß die Verzögerung ſeines Baues, welche durch den Proceß entſteht, ihm und ſeinen Bauten nicht ſchade. Es rechtfertigt ſich ebenfalls, wenn man dieſes Schutzmittel daneben den Servitutberechtigten gegen jeden und auch gegen den Eigenthümer, der auf eigenem Boden bauen wollte, in ſolchen Fällen ertheilte, wo das Vorhandenſein der concreten Servitut es von vorneherein wahrſcheinlich machte, daß dadurch ein Bau, wie der verſuchte, unterſagt worden ſei, und daher der Bauende auf einen ſolchen Widerſpruch gefaßt ſein konnte. Aber dieſe Wahrſcheinlichkeit ſtand nicht jedem Servitutberechtigten zur Seite; es gab Servituten, wo es ganz beſonderer exceptioneller Verhältniſſe bedurfte, damit ſie durch Bauten verletzt werden konnten, und wenn daher der Innehaber einer ſolchen Servitut wegen Nichtbeachtung der von ihm interponirten O. N. N. das interdictum demolitorium erhob, ſo wird der Prätor ſeine Hülfe verweigert haben, da er jenem eine Befugniß zur Vornahme einer gehörigen Nuntiation durch ſein Edict nicht zugeſtanden haben wollte. Bei der unendlichen Anzahl von Servituten konnte der Prätor nicht ein für alle Mal feſtſetzen, welche Servituten er als genügend zur Erhebung einer gültigen O. N. N., welche er als ungenügend anſehe, er behielt ſich dies für jeden einzelnen Fall vor und gab ſeinem Edict demgemäß nach dieſer Seite hin eine weite und unbeſtimmte Faſſung[q]). Die Jurisprudenz er-

q) L. 20 pr. de O. N. N. 30, 1. Praetor ait: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret etc. Alſo über die Qualification des Nuntianten verfügte er nichts. — Es ſteht dieſes Verfahren des Prätors durchaus nicht vereinzelt da, ſondern auch bei andern von ihm geſchaffenen Inſtituten hatte er dem einzelnen Falle die Entſcheidung über die Vorausſetzungen vorbehalten. So. z. B. ſollte nach den Worten des Edicts jedem die cautio

gänzte allmälig dieſe Lücke, und während ſie die serv. altius non tollendi, tignum immittendi, oneris ferendi jeder Zeit als genügend anerkannt haben wird, um die Nuntiation zu begründen, ſo wollte ſie dagegen nach l. 14 de O. N. N. die Wegeſervituten dazu nicht hinreichen laſſen. Denn es konnten die verſchiedenartigſten Bauten auf dem dienenden Grundſtück vorgenommen werden, ohne daß dadurch ſchon die Benutzung des Wegs unmöglich wurde, es gehörten beſondere Umſtände dazu, damit die beabſichtigten Bauten mit dieſen Servituten collidirten, und da für dieſe Beſonderheiten nicht vermuthet werden konnte, ſo wurde hier dieſes exceptionelle Schutzmittel verſagt. Daß der Uſufructuar jedem Dritten gegenüber die Vornahme von Bauten auf dem uſufructuariſchen Grundſtück verbieten könne, dafür ſprach wieder die Vermuthung im höchſten Grade; doch weniger wahrſcheinlich war es, daß nicht noch dem Eigenthümer vorbehalten ſei, gewiſſe Aenderungen auf dem dienenden Grundſtück vorzunehmen, namentlich ſo lange der Uſufructuar noch nicht die Detention der Sache ergriffen hatte, und der Eigenthümer ſie daher mit vollem Rechte nach ſeinem Ermeſſen adminiſtrirte. Das Verhältniß zwiſchen Eigenthümer und Uſufructuar war ein ſo complicirtes, und ſo verſchiedenartige Intereſſen collidirten mit einander, daß zwiſchen ihnen dies immerhin gewaltſame und ſcharf, ohne Berückſichtigung der einzelnen Anſprüche und Gegenanſprüche einſchneidende Mittel der O. N. N. nicht gebraucht werden ſollte[r]). Es verhielt ſich hier ähnlich, wie zwiſchen mehreren Miteigenthümer, die ſich auch nicht gegenſeitig nuntiiren ſollten[s]); ein Miteigenthümer konnte dem andern die Vornahme jedes Baus unterſagen und dieſes Verbot mit der negatoriſchen Klage durchfechten, aber die O. N. N. ſollte er nicht gegen ihn brauchen, weil auch das Verhältniß durch

---

damni infecti geleiſtet werden, der den Calumnieneid geſchworen hatte (vgl. l. 7 pr. de damno inf. 39, 2); aber gleichwohl konnte Ulpian in l. 13 § 3 daſelbſt ſagen: Quisquis igitur iuraverit de calumnia admittitur ad stipulationem, et non inquiretur utrum interesit eius, an non, vicinus aedes habeat, an non habeat; *totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non.*

r) L. 2 de O. N. N.

s) L. 3 § 1 u. 2 de O. N. N.

zuweiſen vermochte, auf welchem gebaut werden ſollte, um des unerſetzbaren Schadens willen zugeſtand, der ihm entſtehen konnte, wenn er nicht alsbald mit der nöthigen Energie gegen das Unternehmen einſchritt, — das läßt ſich dadurch rechtfertigen, daß doch immer ſchon von vorne herein eine große Wahrſcheinlichkeit dafür vorhanden iſt, daß ihm auch ein Recht zuſteht, jene Bauten zu hindern, und man wohl fordern kann, daß wer auf fremden Boden einen Bau vornehmen will, ſich erſt verſichere, ob er Einſpruch zu erwarten habe, und in dieſem Falle ſich ſo einrichte, daß die Verzögerung ſeines Baues, welche durch den Proceß entſteht, ihm und ſeinen Bauten nicht ſchade. Es rechtfertigt ſich ebenfalls, wenn man dieſes Schutzmittel daneben den Servitutberechtigten gegen jeden und auch gegen den Eigenthümer, der auf eigenem Boden bauen wollte, in ſolchen Fällen ertheilte, wo das Vorhandenſein der concreten Servitut es von vorneherein wahrſcheinlich machte, daß dadurch ein Bau, wie der verſuchte, unterſagt worden ſei, und daher der Bauende auf einen ſolchen Widerſpruch gefaßt ſein konnte. Aber dieſe Wahrſcheinlichkeit ſtand nicht jedem Servitutberechtigten zur Seite; es gab Servituten, wo es ganz beſonderer exceptioneller Verhältniſſe bedurfte, damit ſie durch Bauten verletzt werden konnten, und wenn daher der Innehaber einer ſolchen Servitut wegen Nichtbeachtung der von ihm interponirten O. N. N. das interdictum demolitorium erhob, ſo wird der Prätor ſeine Hülfe verweigert haben, da er jenem eine Befugniß zur Vornahme einer gehörigen Nuntiation durch ſein Edict nicht zugeſtanden haben wollte. Bei der unendlichen Anzahl von Servituten konnte der Prätor nicht ein für alle Mal feſtſetzen, welche Servituten er als genügend zur Erhebung einer gültigen O. N. N., welche er als ungenügend anſehe, er behielt ſich dies für jeden einzelnen Fall vor und gab ſeinem Edict demgemäß nach dieſer Seite hin eine weite und unbeſtimmte Faſſung[q]). Die Jurisprudenz er-

q) L. 20 pr. de O. N. N. 39, 1. Praetor ait: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret etc. Alſo über die Qualification des Nuntianten verfügte er nichts. — Es ſteht dieſes Verfahren des Prätors durchaus nicht vereinzelt da, ſondern auch bei andern von ihm geſchaffenen Inſtituten hatte er dem einzelnen Falle die Entſcheidung über die Vorausſetzungen vorbehalten. So. z. B. ſollte nach den Worten des Edicts jedem die cautio

gänzte allmälig dieſe Lücke, und während ſie die serv. altius non tollendi, tignum immittendi, oneris ferendi jeder Zeit als genügend anerkannt haben wird, um die Nuntiation zu begründen, ſo wollte ſie dagegen nach l. 14 de O. N. N. die Wegeſervituten dazu nicht hinreichen laſſen. Denn es konnten die verſchiedenartigſten Bauten auf dem dienenden Grundſtück vorgenommen werden, ohne daß dadurch ſchon die Benutzung des Wegs unmöglich wurde, es gehörten beſondere Umſtände dazu, damit die beabſichtigten Bauten mit dieſen Servituten collidirten, und da für dieſe Beſonderheiten nicht vermuthet werden konnte, ſo wurde hier dieſes exceptionelle Schutzmittel verſagt. Daß der Uſufructuar jedem Dritten gegenüber die Vornahme von Bauten auf dem uſufructuariſchen Grundſtück verbieten könne, dafür ſprach wieder die Vermuthung im höchſten Grade; doch weniger wahrſcheinlich war es, daß nicht noch dem Eigenthümer vorbehalten ſei, gewiſſe Aenderungen auf dem dienenden Grundſtück vorzunehmen, namentlich ſo lange der Uſufructuar noch nicht die Detention der Sache ergriffen hatte, und der Eigenthümer ſie daher mit vollem Rechte nach ſeinem Ermeſſen adminiſtrirte. Das Verhältniß zwiſchen Eigenthümer und Uſufructuar war ein ſo complicirtes, und ſo verſchiedenartige Intereſſen collidirten mit einander, daß zwiſchen ihnen dies immerhin gewaltſame und ſcharf, ohne Berückſichtigung der einzelnen Anſprüche und Gegenanſprüche einſchneidende Mittel der O. N. N. nicht gebraucht werden ſollte[r]). Es verhielt ſich hier ähnlich, wie zwiſchen mehreren Miteigenthümer, die ſich auch nicht gegenſeitig nuntiiren ſollten[s]); ein Miteigenthümer konnte dem andern die Vornahme jedes Baus unterſagen und dieſes Verbot mit der negatoriſchen Klage durchfechten, aber die O. N. N. ſollte er nicht gegen ihn brauchen, weil auch das Verhältniß durch

---

damni infecti geleiſtet werden, der den Calumnieneid geſchworen hatte (vgl. l. 7 pr. de damno inf. 39, 2); aber gleichwohl konnte Ulpian in l. 13 § 3 daſelbſt ſagen: Quisquis igitur iuraverit de calumnia admittitur ad stipulationem, et non inquiretur utrum interesit eius, an non, vicinus aedes habeat, an non habeat; *totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non.*

r) L. 2 de O. N. N.

s) L. 3 § 1 u. 2 de O. N. N.

zu verſchiedene Einflüſſe beherrſcht, ja, um ſo zu ſagen, zu zart war, als daß ein ſolches abſolutes, ſchroff dazwiſchen geſtelltes Veto heilſam hätte wirken können. Bei dieſer Auffaſſung können wir allerdings eine ſcharfe Grenze zwiſchen den Servituten, welche zur O. N. N. berechtigten, und denen, welche dies nicht thaten, nicht aufſtellen, indem auch bei ſtädtiſchen Servituten der Prätor die O. N. N. verweigert haben wird, wenn z. B. dieſe nur dahin ging, daß der Nachbar auf ſeinem Grundſtück nicht ein lärmendes Gewerbe treiben ſolle oder dergl. Daß einem Inſtitute die feſten, ein für allemal gegebenen Grenzen gefehlt haben ſollen, erſcheint auf den erſten Blick allerdings als ein Mangel in der Rechtsbildung, allein dieſer mildert ſich bedeutend, wenn man bedenkt, daß es ſich nur um die Zuläſſigkeit eines proviſoriſchen Schutzmittels handelt, und der Entſcheidung über die Berechtigung zum Bauen dadurch durchaus noch nicht vorgegriffen wird.

Ueberſehen wir die proviſoriſchen Schutzmittel des älteren Syſtems, ſo werden wir finden, daß daſſelbe manche Lücke ließ. Gegen jede Art der Störungen von Wege- und Waſſerſervituten, ſo wie gegen Verletzungen ſolcher zur Servitutausübung auf dem dienenden Grundſtück angebrachten Vorrichtungen, welche unmittelbar mit dem herrſchenden Grundſtück verbunden waren, war ein, wenn auch beſchränkter Interdictenſchutz gegeben. In ſo fern Aenderungen des Grund und Bodens die Servitutausübung bedrohten, gab es ebenfalls einen proviſoriſchen Schutz. In allen andern Fällen aber blieb dem, welcher in der Servitutausübung geſtört wurde, nur das Mittel, die confeſſoriſche Klage zu erheben, und er mußte alſo ſein Recht erſt vollſtändig beweiſen, ehe er gegen irgend jemanden geſchützt wurde, und ſelbſt während des Proceſſes hatte er urſprünglich kein Mittel, um die Ausübung in der ſeitherigen Weiſe fortſetzen zu können (vergl. § 62 S. 649). Das galt nicht nur für Weideſervituten, für die serv. arenae fodiendae u. ſ. w., ſondern vor Allem auch vom Uſusfruct und mußte ſich hier als beſonders unbequem erweiſen; die vielfach verſuchte Aushülfe durch Stipulationen genügte nicht,

und ſo drängte Alles, um dem Inſtitut der Quaſipoſſeſſio, erſt in einzelnen Anwendungen, dann in ſeiner ganzen Ausdehnung Bahn zu brechen.

II. Einfluß der Theorie vom Quaſibeſitz auf das Syſtem der proviſoriſchen Schutzmittel.

§. 83.

Wir betreten hier am Ende unſers Werks ein Gebiet, das zu den beſtrittenſten des ganzen Servitutenrechtes gehört, — es iſt vor Allem die Frage, wie weit können die urſprünglich zum Schutz des Beſitzes an körperlichen Sachen proponirten Interdicte analog zum Schutz der Quaſipoſſeſſio von Servituten verwandt werden, — eine Frage, welche in den letzten Jahrzehnten vielfach beſprochen und von unſern Juriſten in gar verſchiedener Weiſe beantwortet iſt[a]). Eine genügende Antwort ſcheint uns aber nur gegeben werden zu können, wenn man, — und das iſt unſers Erachtens ſeither zu wenig geſchehen, — den Entwickelungsgang verfolgt, den die Theorie vom Quaſibeſitz zu den Zeiten der klaſſiſchen Jurisprudenz genommen hat. Wir haben ſchon früher (§ 62) darzuſtellen geſucht, wie eine dem Sachenbeſitz analoge Bildung allmälig auf dem Servitutengebiet anerkannt wurde, wie in Verfolg derſelben die Tradition, die Publiciana, die Verjährung u. ſ. w. ſich auch hier ausbildeten, und wie am Uſusfruct um der Aehnlichkeit willen, welche ſeine äußere Erſcheinung mit der des Eigenthums bietet, die erſte Probe mit jenen Begriffen gemacht wurde. Dafür, daß nun auch die Interdicte zum Schutze des Servitutenbeſitzes wirklich zugelaſſen ſind, dafür fehlen uns die unmittelbaren Zeugniſſe zwar nicht ganz, aber dieſe können doch nur von einer ſehr partiellen Zulaſſung Kunde geben. Wir

a) Eine kurze Ueberſicht über die verſchiedenen Anſichten und deren Anhänger ſiehe z. B. bei von Bangerow, Leitfaden Bd. I, § 355.

haben ſchon früher (§ 62 S. 668) dargeſtellt, wie die ſpätern klaſſiſchen Juriſten dem Uſufructuar das Interdict Unde vi und zwar mit Berufung auf ausdrückliche Beſtimmungen des prätoriſchen Edicts zugeſtehen, wie Paulus als Gegner der Theorie vom Quaſibeſitz dies nur als eine ſinguläre Uebertragung der regelmäßigen Attribute des Eigenthümers auf den Uſufructuar, Ulpian dagegen als eine Anerkennung des Quaſibeſitzes in einer ſeiner wichtigſten Conſequenzen auffaſſen konnte, wie ferner das Interdict Uti possidetis dem Uſufructuar ſchon von Pomponius und dann von Ulpian zugeſtanden wurde, und zwar, wie es ſcheint, ohne daß der Prätor es ausdrücklich für dieſen Fall erweitert hatte. Die Anwendung dieſer Interdicte zum Schutz anderer Servituten vermögen wir jedoch nicht ſicher zu erweiſen[b]). Erwägen wir aber, daß erſt mit Ulpian die

b) Aus l. 5 § 9 und 10 de O. N. N. 39, 1 wird man ſogar folgern wollen, daß ſelbſt Ulpian, alſo der Vorkämpfer für die Theorie des Quaſibeſitzes, die poſſeſſoriſchen Interdicte ausdrücklich für unanwendbar zum Schutze von Servituten erklärt hat. Denn nachdem er im § 9 die Ausführung von Sextus Pedius definirt hat, wonach eine triplex causa der operis novi nunciatio vorkomme, nämlich eine naturalis (gegen ein opus auf dem Grund und Boden des Nuntianten), eine publica (gegen ein opus, das öffentliche Geſetze verletzt) und einen impositici (quum quis posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit), fährt er im § 10 in indirecter Rede fort und erinnert daran, wie ſich die O. N. N. nicht empfehle, „quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel proiicere vult“, weil der Nuntiant darauf verzichte, ſelbſt Beſitzer zu ſein; hier ſei es vortheilhafter, eine prohibitio zu erlaſſen und bei deren Nichtbeachtung das Interdict Quod vi aut clam zu erheben, oder alsbald das Interdict Uti possidetis anzuſtellen. „At“, heißt es weiter, „si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria“. Wenn man dieſes wörtlich überſetzt, und durch den Zuſammenhang ſcheint man noch beſonders dazu ermächtigt zu ſein, ſo hätte man als proviſoriſches Schutzmittel gegen den Eigenthümer, der auf dem dienenden Grundſtück gegen die lex servitutis Bauten vornimmt und alſo „in suo“ handelt, nur die O. N. N. Allein damit ſteht im größten Widerſpruch, daß Ulpian ſelbſt und zwar im 17ten Buch ad Edictum (die fragliche l. 5 iſt aus dem 52ſten Buch ad Edictum) ausgeführt hat, wie der Inhaber einer serv. altius non tollendi oder ähnlicher Servituten gegen den Eigenthümer des dienenden Grundſtücks, welcher den ſeitherigen Zuſtand

Theorie vom Quasibesitz zum entschiedenen Durchbruch, ja vielleicht erst durch die Aufnahme von Ulpians Ansichten in das Corpus Juris

durch Höherbauen unterbrechen wolle, eine prohibitio erlassen und nöthigen Falls ein Interdict Quod vi aut clam erheben könne [l. 6 § 1 si serv. vind. 8, 5]. Demnach kann der Sinn jenes Gegensatzes si in nostro — si in suo nicht sein: je nachdem auf dem Eigenthum des Bedrohten, oder auf dem eines Andern gebaut wird, sind neben der O. N. N. noch jene andern provisorischen Schutzmittel verwendbar, sondern er muß jene Pronomina in einem weitern unbestimmtern Sinn gebraucht haben, so daß es heißt: je nachdem der Bedrohte den Besitzesschutz für sich in Anspruch nehmen kann, (in nostro), oder nicht (in suo), ist er auf die O. N. N. beschränkt oder hat jene andern vortheilhaftern Mittel. Die Frage, wer Besitzesschutz in Anspruch nehmen kann, läßt er hier durchaus außer Acht. So, glauben wir, wird l. 5 § 10 de O. N. N. nicht benutzt werden dürfen, um zu beweisen, daß selbst Ulpian jede Verwendung der possessorischen Interdicte zu Gunsten der Servituten für unmöglich gehalten habe, vielmehr macht die l. 6 § 1 si serv. vind., indem sie den Servitutberechtigten, wenn er, wie sie ausdrücklich sagt, „possessor" sei, die Vornahme einer prohibitio und demgemäß die Anstellung des interd. Quod vi aut clam gestattet, es im höchsten Grade wahrscheinlich, daß Ulpian auch die possessorischen Interdicte zu Gunsten eines solchen Servitutberechtigten zugelassen hat, oder wenigstens, wenn er sich mit dieser Frage beschäftigt hätte und consequent verfahren wäre, zugelassen haben würde. Denn wenn, wie im vorigen Paragraph ausgeführt ist, zwar jeder Beliebige eine prohibitio erlassen und bei deren Nichtbeachtung das Interdict Quod vi aut clam erheben kann, aber nur auf die Gefahr hin, daß er dadurch als Störer des Besitzes die possessorischen Interdicte heraufbeschwört, so muß daraus, daß einem Servitutberechtigten ausdrücklich das Recht zum Prohibiren und das Interdict zugestanden wird, gefolgert werden können, daß er diese Prohibition den Interdicten des Sachbesitzers gegenüber aufrecht erhalten kann, und daß daher auch im Streit um den Besitz die Servituten, und zwar, da das dem ganzen Geiste des Verfahrens widerstritte, nicht sowohl das dingliche Recht, als vielmehr die seitherige factische Ausübung derselben, Berücksichtigung gefunden haben. Konnte man darauf aber erst einmal eine Exception bauen, so wird, zumal um des Charakters des interd. Uti possidetis als interdictum duplex willen, auch bald eine Klage darauf haben gebaut werden können. — Ohnehin können wir auch beim Usufruct beobachten, wie die possessorischen Interdicte und die Befugniß, ungerächt zu prohibiren und das interd. Quod vi aut clam zu erheben, Hand in Hand mit einander gehen. Denn wie der Usufructuar das interd. Unde vi und Uti possidetis anstellen konnte, so mußte er auch, wie Venuleius, Paulus und Ulpian hervorheben (l. 12, l. 13 pr.,

zur ausſchließlichen Herrſchaft gelangte, ſo dürfen wir daraus, daß uns einzelne Conſequenzen dieſer Theorie noch nicht in den Schriften der Pandektenjuriſten entgegentreten, nicht folgern, daß dieſe Conſequenzen um irgend eines Hinderniſſes willen nicht gezogen werden können, ſondern wir müſſen berückſichtigen, daß eben Ulpian einer der letzten klaſſiſchen Juriſten iſt, daß nach ihm die Triebkraft und Productionsfähigkeit des römiſchen Rechts zu erlahmen, oder richtiger ſich aus dem weiten Organismus, den ſie ſeither ganz durchdrungen hatte, auf einige wenige Triebe zurückzuziehen begann, und daß uns daher in mannigfacher Beziehung die Aufgabe geworden iſt, die erſt im ſpätern römiſchen Recht zur Geltung gelangten Sätze auszubilden und mit dem übrigen Rechte in Harmonie zu ſetzen.

Demgemäß iſt es nun auch nicht eine ungerechtfertigte Willkür, ſondern es iſt nur ein naturgemäßes Fortſchreiten auf der von den römiſchen Juriſten bereits betretenen Bahn, wenn wir jeden Servitutenbeſitz, ſobald er nur die im § 62 von uns aufgeſtellten Requiſite hat, durch analoge Erweiterung der Interdicte Uti possidetis und Unde vi geſchützt haben wollen. Wie das Inſtitut der Tradition und wie die Publiciana auch zuerſt für den Uſusfruct ausgebildet und dann erſt für die übrigen Servituten erweitert wurde, ſo iſt auch der Interdictenſchutz ſchon von den römiſchen Juriſten dem Uſufruct zugänglich gemacht; der Schritt, den wir daher noch zu

---

l. 16 § 1 quod vi aut clam 43, 24), ſo bald und ſo weit ſein Uſusfruct verletzt wurde, prohibiren und das Interdict Quod vi aut clam erheben können. In der l. 16 quod vi aut clam begegnet uns freilich auch hier wieder die oft erwähnte abweichende Auffaſſung des Paulus, indem er zuerſt den Satz aufſtellt: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest, und dann im § 1 unterſucht, wann das Intereſſe des Uſufructuars durch Veränderungen des Bodens verletzt werde, ſo daß er alſo ihn zu denen rechnet, qui non possident. Allein er ſteht ja auch in der Gewährung der poſſeſſoriſchen Interdicte an den Uſufructuar eine anomale Verleihung der regelmäßigen Attribute des Eigenthums, die aber, wie er hier anerkennt, die Folge hat, daß der in der Ausübung begriffene Uſufructuar nun auch prohibiren kann. Alſo der enge Zuſammenhang, in dem die poſſeſſoriſchen Interdicte und die Befugniß zu einer wirkſamen und haltbaren Prohibition ſtehen, ſpricht auch hieraus und läßt auch wohl den Rückſchluß zu, daß, wo letztere anerkannt wird, auch erſtere möglich erſcheinen müſſen.

thun haben, ist nur ein sehr kleiner[c]). Man darf nun aber unserer Ansicht nach, die hier allerdings die Ansicht aller Auctoritäten gegen sich hat, von diesem Fortschritt nicht die Wege- und Wasserleitungsservituten ohne weiteres ausschließen, und sie lediglich auf ihre alt überkommenen Wege- und Wasserinterdicte, wie wir sie oben § 79 besprochen haben, beschränken wollen, sondern neben diesen wird jetzt auch noch das interd. Uti possidetis oder Unde vi völlig zulässig sein. Denn wir glauben erwiesen zu haben, daß die interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana etc. durchaus nicht die Quasipossessio als solche schützen und dieselbe auch gar nicht zu ihrer Voraussetzung haben, und es liegt auf der Hand, wie die possessorischen Interdicte neben jenen noch ein sehr weites Feld der Anwendbarkeit finden, ja wie sie namentlich das Interdict de itinere actuque privato um der strengen Voraussetzungen desselben willen in den häufigsten Fällen ganz verdrängen werden[d]). Welche Disharmonie im Rechte entsteht, wenn man im Allgemeinen jeden Servitutenbesitz durch possessorische Interdicte schützt, dagegen aber die Ausübung einer Wegegerechtigkeit erst nach einer Wiederholung an dreißig Tagen, das hat die Praxis von jeher erkennen müssen und hat, da der Zusammenhang in der römischen Entwicklung verschleiert und unkenntlich geworden war, durch die Ausbildung der Spolienklage oder des Summariissimum diesen Mangel zu beseitigen gesucht. Es hätte hier unseres Erachtens bei richtiger Erkenntniß auch lediglich vom Boden des römischen Rechts aus geholfen werden können.

Die Voraussetzungen der Interdicte Uti possidetis und Unde vi müssen hier natürlich dieselben sein, wie bei ihrer ursprünglichen Anwendung; für beide ist also der Nachweis des Quasibesitzes nöthig, und zwar für ersteres muß derselbe innerhalb des letzten Jahres

c) Wenn man dagegen behauptet, das interd. Uti possidetis sei um der Fassung des Edicts willen zu wenig biegsam gewesen, als daß es soweit analog hätte erweitert werden können, — so wollen wir nur an die l. 14 de iniur. 47, 10 erinnern, wo selbst Paulus gegen Störungen eines „maris proprium ius" dies Interdict zuläßt. Vgl. § 31 S. 278.

d) Wir müssen allerdings zugestehen, daß sich Ulpian dessen kaum bewußt gewesen sein wird, als er die Theorie dieses Interdicts so sorgfältig darstellte, (l. 1 und l. 3 de itinere).

fehlerlos vorhanden gewesen sein[e]). Das Interdict Quod vi aut clam verlangt die Störung durch wirkliche Gewalt, welche aber hier, wie wir früher schon auszuführen Gelegenheit hatten, (vgl. § 68 S. 745) viel häufiger ist, wie dem Sachenbesitz gegenüber; ist diese gewaltsame Dejection im letzten Jahre vorgekommen, so wird durch das Interdict Ersatz alles Schadens erreicht, ist sie schon älter, Herausgabe der Bereicherung[f]).

Das Interdict de precario kann zum Schutz eines Servitutbesitzes, wenn wir vom Ususfruct absehen, nur dem Innehaber des dienenden Grundstücks gegenüber benutzt werden, indem an den unveräußerlichen Servituten nicht anders ein Precarium vorkommen kann, als daß precario auf sie verzichtet wird, wo dann mit jenem Interdict jeder Zeit ihre Herstellung verlangt werden kann[g]). Wir können in dieser Beziehung auf das § 32 S. 290 Dargestellte verweisen; wenn wir aber dort sagten, nur dem Eigenthümer der dienenden Sache könne ein solches Precarium bestellt werden, so war das zu eng gefaßt, indem dasselbe jedem gegenüber vorkommen kann, der an der Freiheit der dienenden Sache ein, wenn auch nur vorübergehendes Interesse hat. Auch wenn der Berechtigte dem Pächter, dem gutgläubigen Besitzer, dem Usufructuar u. s. w. auf sein Bitten gestattet, daß er den Weg verbaut oder dergl., so ist das noch keine unstatthafte Veräußerung der Servitut, und um dabei den Berechtigten dem Precaristen gegenüber zu schützen, dient jenes Interdict.

Allen diesen possessorischen Interdicten gegenüber kann der Verklagte, soweit es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Sicherung des Servitutenbesitzes für die Zukunft handelt, zur Vertheidigung geltend machen, wie ein Umstand eingetreten sei, durch welchen die angeblich besessene Servitut, auch wenn sie rechtlich begründet wäre, untergangen sein müßte. Wie jedoch Justinian durch Aufnahme von Stellen des Paulus diese Regel für das Interdict Unde vi durchbrochen hat, und wie wir aus der Zusammenfügung der in denselben Titel (de vi 43, 16) befindlichen Ueberreste verschiedener

---

e) Arg. leg. 1 pr. uti possidetis 43, 17.

f) Arg. leg. 1 pr. de vi 43, 16.

g) L. 17 comm. pr. 8, 4.

Syſteme, zu dem aus Zweckmäßigkeitsgründen zu empfehlenden Satze gelangen: Iſt das Interdict Unde vi durch gewaltſame Entſetzuug eines Uſufructuars einmal begründet, ſo geht es nur verloren, wenn ein Umſtand eintritt, der jeden Uſusfruct aufzuheben vermag, nicht aber ſchon dann, wenn der Untergang des beſtimmten Uſusfructs nur durch eine beſondere Feſtſetzung der ſpeciellen lex servitutis herbeigeführt werden ſollte, — das haben wir ſchon oben § 62 S. 669 Anm. vv ausgeführt. Dieſer Satz wird, ſeitdem das Interdict auch zum Schutze anderer Servituten verwandt wird, für dieſe eine analoge Anwendung erleiden.

Wie die Brauchbarkeit der prohibitio und des interd. Quod vi aut clam bei baulichen Aenderungen, welche die Servitutausübung gefährden, eine viel größere geworden iſt, ſeitdem der Servitutinnehaber nicht mehr befürchten muß, deßhalb vom Sachbeſitzer wegen Beſitzſtörung mit dem interd. Uti possidetis zur Rechenſchaft gezogen zu werden, ſondern ſich dem gegenüber auf ſeine Quaſipoſſeſſio berufen kann, haben wir ſchon beiläufig oben (S. 842 Anm. b) ausgeführt. Seitdem iſt dagegen die Anwendbarkeit der operis novi nuntiatio mehr zurückgetreten, weil nun der Servitutinnehaber ſich vorſehen muß, daß er nicht durch Benutzung derſelben eingeſteht, er ſei nicht Quaſipoſſeſſor der Servitut, und daß er alſo dadurch nicht auf die mancherlei Vortheile des Servitutenbeſitzes verzichtet[k]).

k) L. 5 § 10 de O. N. N. Siehe § 82 S. 837 Anm. o.

Nachtrag.

Zu §. 9.

Verhältniß der Servituten bei Theilung der dienenden Sache.

Wir haben früher die Frage, wie ſich die Servitut geſtaltet, wenn aus der einen dienenden Sache zwei oder mehrere Sachen gemacht werden, unbeantwortet gelaſſen (vgl. S. 91) und müſſen ſie hier noch nachträglich erörtern[a]). Es wäre einmal denkbar, daß ſich in ſolchem Falle die Servitut ebenſo in mehrere Servituten zerlegte, wie wenn die herrſchende Sache körperlich getheilt wird (vgl. § 11 S. 103), dann aber auch, daß die Servitut trotz der Theilung der dienenden Sache als eine einzige fortbeſtände, wie ja ſelbſt an Sachen, die von Anfang an in verſchiedenem Eigenthum ſich befanden, einheitliche Servituten möglich ſind (vgl. § 9 S. 86). Je nachdem man ſich für die eine oder andere Annahme erklärt, wird man die beiden Fragen verſchieden beantworten müſſen,

1) ob die Ausübung der Servitutbefugniß auf dem einen körperlichen Theil der früheren einheitlichen Sache den Berechtigten gegen den Untergang durch Nichtgebrauch auch auf den andern Theilen ſichert, oder nicht.

---

a) Für Perſonalſervituten an beweglichen Sachen wird dieſe Frage kaum Bedeutung haben, da mit einer körperlichen Theilung derſelben meiſtens auch eine ſolche Veränderung ihres Charakters vor ſich gehen wird, daß deßhalb die Servituten erlöſchen.

2) ob der Servitutberechtigte die ganze Laſt der Servitut auf den einen Theil legen, oder ob er auf jedem Theil nur einen entſprechenden Theil der Servitutbefugniſſe üben darf, ſo daß die Summe derſelben etwa ähnlich zerlegt wird, wie wenn das herrſchende Grundſtück getheilt iſt.

Letztere Frage hat da keine Bedeutung, wo der Servitutberechtigte die Sache in ihrem ganzen Umfange gleichzeitig zur Nutzung heranziehen kann, wie beim Uſusfruct, bei den negativen Servituten oder auch bei ſocher Wegeſervitut, in Folge deren er nur einen Anſpruch auf einen beſtimmt fixirten Weg hat, indem da die von dieſem Wege eingenommene Strecke ſich als das eigentlich dienende Grundſtück darſtellt. Vgl. S. 85.

In den Quellen finden wir nur eine Stelle, die ſich mit der Theilung der dienenden Sache ausführlich beſchäftigt, aber auch nur in Beziehung auf die Wegeſervituten; es iſt die l. 6 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6 des Celſus. Nachdem der erſte Theil der Stelle die Folgen einer körperlichen Theilung der herrſchenden Sache dargelegt hat, geht der zweite Theil (mit Sed si) auf unſern Fall über und erörtert ihn in ſeiner erſten Hälfte (bis Celerum) in Beziehung auf ſolche Wegeſervituten, vermöge derer ein einziger beſtimmter Weg beſteht. Wird durch wiederholte Servitutbeſtellung ein ſolcher Weg über mehrere aneinander liegende Grundſtücke geſchaffen, ſo ſoll bekanntlich doch nur eine einzige Servitut angenommen werden; es folgt daraus ſchon nothwendig, daß wenn aus dem einen Grundſtück, über welches der eine Weg ſeither ging, mehrere Grundſtücke werden, die Servitut eine einheitliche bleiben muß, und das führt auch Celſus hier aus[b]). In ſo weit können wir alſo aus

b) Kurz ſpricht er den Satz für den Fall aus, wo die Theilung ſo geſchehen iſt, daß die neue Grenzlinie den Weg in ſeiner Länge durchſchneidet, ſo daß der Weg erſt ganz auf dem einen, dann ganz auf dem andern Theil läuft (si per longitudinem eius fundus divisus est). Dagegen für den andern Fall, wo die Theilungslinie auf dem Wege ſelbſt herläuft, und ſo jeder Theil contribuirt, um dem Wege die nöthige Breite zu ſchaffen, ſtellt Celſus nicht alsbald jene Regel auf, ſondern er führt ihre einzelnen Conſequenzen aus, die hier, wo die Servitut möglicher Weiſe auch von Nutzem bleibt, wenn ſie bloß noch an einem Theile beſteht, in einer Beziehung andere ſind,

dieſer Stelle für andere Servituten, die nicht zu einer Einheit werden, wenn ſie an mehreren an einander liegenden Grundſtücken beſtellt werden, z. B. für die Weideſervituten, nichts zur Entſcheidung unſerer Frage entnehmen. In der zweiten Hälfte dieſes Theils geht aber Celſus zu einem Fall über, wo ausdrücklich bei der Errichtung feſtgeſetzt war, der Berechtigte könne ſich einen Weg herſtellen, wo er wolle, und ſei an die einmalige Wahl nicht gebunden, ſondern könne ihn ſpäter auch an eine andere Stelle legen c). Geſchieht hier die Theilung ſo, daß er ſchon auf jedem einzelnen Theil die Servitut ihrem ganzen Inhalt nach ausüben und zum Ziele gelangen kann, ſo ſoll es ſo angeſehen werden, als ob jedem Theil von Anfang an eine durchaus ſelbſtändige Servitut auferlegt wäre, und der Berechtigte daher fortan ſtatt einer Servitut deren mehrere habe, die völlig unabhängig von einander beſtehen und untergehen. Er laſſe ſich dadurch nicht beirren, führt Celſus aus, daß auf dieſe Weiſe lediglich durch die Handlung des Eigenthümers der dienenden Sache die Servitut umgeſtaltet werde, und der Servitutberechtigte jetzt von Zeit zu Zeit auf jedem Theile gehen müſſe, um ſich die Servitut daran zu erhalten, während es früher genügte, wenn er nur über das ganze Grundſtück einmal ging, um ſich die Servitut auf der ganzen Fläche zu erhalten. Dieſer Nachtheil werde dadurch ausge-

---

wie in jenem Falle (vgl. § 74 S. 789 Anm. b). Daß er aber auch für dieſen Fall ſich die Servitut als eine einige fortbeſtehend denkt, geht namentlich daraus hervor, daß er ſo beſtimmt ſagt, die Benutzung des Wegs bloß auf dem einen Theil ſchütze auch die Servitut auf dem andern Theile gegen Untergang durch Verjährung.

c) Es iſt hier nicht an ein iter oder einen actus zu denken, für den ein Weg noch nicht fixirt war, und den daher der Berechtigte nach dem, was wir § 42 S. 401 ausführten, üben konnte, wo er wollte und es zweckmäßig für ihn war; ſondern an eine eigenthümliche Geſtaltung der via, ſo daß das Recht von vorne herein eine beſtimmte Straße zum Gegenſtande hatte, die aber bald hierhin, bald dorthin gelegt werden durfte. Denn ſonſt hätte Celſus nicht am Schluſſe der Stelle von einer geſetzlichen Breite der Straße ſprechen dürfen, da beim iter oder actus die Breite für den Weg, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks auf deſſen Fixirung drang, jedesmal nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmen war. Vgl. S. 388 und 392.

gliehen, daß er fortan zwei Wege mit der gesetzlichen Breite habe, die er zugleich benutzen könne[d]).

Untersuchen wir, ob diese Entscheidung einer Ausdehnung auf andere Fälle, in denen die dienende Sache getheilt wird, fähig ist, so müssen wir zunächst eingestehen, daß die Belastung jedes einzelnen Theiles mit der vollen Wegegerechtigkeit durchaus dem strengen Rechte entspricht, indem die Last schon vorher auf jeder Partikel des Gesammtgrundstücks in gleicher Weise lag, und nur nicht überall ausgeübt werden konnte, weil sie nur auf einer Stelle jedesmal wirklich ausgeübt werden sollte. Celsus scheint nun aber weiter auch von dem Gedanken auszugehen, die Ausübung auf dem einen Theile könne den Innehaber des andern Theils nicht berechtigen, sich der gleichzeitigen Ausübung auf diesem Theil zu widersetzen, da das, was auf einer ihm ganz fremden Sache geschehe, was gleichsam zwischen deren Eigenthümer und dem Berechtigten abgemacht werde, ihn, den Dritten, nichts angehe. Aber dieser Folgerung fehlt unsers Erachtens der Boden. Nach dem höchsten Gesetz der Servitut, nach dem Willen der Constituenten, sollte der Berechtigte nur einen Weg haben, wenn auch alle andern Partikel des gesammten Grundstücks, die einen solchen bieten konnten, eventuell dienen sollten; die Bedingung, unter der sie von der Ausübung frei waren, war erfüllt, so lange der Weg auf einer andern Strecke aufrecht erhalten wurde, und hätte sich der Berechtigte daneben noch einen zweiten Weg angemaßt, so wäre jene Bedingung mit einer exceptio doli in Kraft erhalten. Wie es aber überhaupt bei der Erfüllung von Bedingungen gar nicht darauf ankommt, daß ein Act zwischen dem bedingt Berechtigten und dem bedingt Verpflichteten vorgeht, sondern wie jedes Ereigniß, wenn nur davon wirklich ein rechtlicher Erfolg abhängig gemacht ist, in solcher Weise Rechte geben und nehmen kann, so müßte auch nach der Theilung des dienenden Grundstücks der Umstand, daß ein Weg auf dem einen Theile bestände und benutzt würde, genügen, um den andern gegen jeden Anspruch auf Leistung

d) Contra, illud commodum accessisse ei, cum via debebatur, quod per duas pariter vias ire agere posset, bis octonos in porrectum, et senos denos in anfractum.

eines gleichen Wegs zu ſchützen, beziehungsweiſe müßte, wenn der Berechtigte erklärte, er wolle nunmehr ſeinen Weg auf den andern Theil verlegen, der Innehaber jenes Theils den Weg nicht mehr zu reſpectiren brauchen*).

Dieſem Theil der Entſcheidung des Celſus, wonach ſich die Servitutbefugniß bei Theilung des dienenden Grundſtücks vervielfachen ſoll, glauben wir daher ſchon die innere Conſequenz und zugleich die Brauchbarkeit für analoge Fälle abſprechen zu müſſen, wie denn auch noch die Unbilligkeit auf der Hand liegt, falls man vermöge einer Weideſervitut, die vor der Theilung zur Auftreibung von vier Stück Vieh ermächtigt, nach der Theilung in etwa vier oder mehr Theile ſechzehn oder mehr Stück auftreiben dürfte und damit vielleicht den ganzen Ertrag der Theile conſumiren könnte. Und hätte die Theilung einmal dieſe Wirkung auf die Servitut gehabt, ſo würde eine Wiedervereinigung der Theile dieſelbe auch nicht rückgängig zu machen vermögen, da die vier Servituten dadurch nicht berührt würden, ſondern trotz dem Wechſel im Eigenthum an ihrem Theil fortbeſtünden, und ſomit könnte eine leichtſinnig oder ohne Kenntniß von der Exiſtenz der Servitut vorgenommene Theilung das dienende Grundſtück für immer entwerthen.

Aber auch der Nachtheil, welcher dem Servitutberechtigten aus der Theilung des dienenden Grundſtücks nach der Entſcheidung von Celſus entſtehen ſoll, ſtellt ſich unſers Erachtens durchaus ungerechtfertigt dar, und wie der Vortheil, womit er den Nachtheil ausgleichen will, nach dem eben Ausgeführten keineswegs ſtichhaltig iſt, ſo iſt er auch nicht im Stande, in vielen Fällen den Nachtheil zu decken und ein entſprechendes Aequivalent dafür zu geben. Die

*) Man könnte vielleicht dagegen geltend machen wollen, weil der Berechtigte nach dem eigenthümlichen Servitutvertrage jeder Zeit einen neuen Weg ſoll wählen können und alſo auch jeder Zeit von dem einen Theil wieder auf den andern Theil zurückkehren kann, ſo muß jeder Innehaber eines Theils ſich darauf gefaßt halten, daß der Berechtigte wieder dort zu gehen beſchließt und ihm deßwegen einen früher benutzten Weg bereit halten; — aber dieſe Argumentation müßte dahin führen, daß auch da, wo das dienende Grundſtück nicht getheilt iſt, alle einmal vom Servitutberechtigten benutzten Wege hergeſtellt bleiben müßten, weil er dahin zurückkehren kann.

Servitutbefugniß ſoll nach der Theilung auf jedem Theil geübt werden müſſen, wenn ſie nicht durch Verjährung zu Grunde gehen ſoll. Die Theilung iſt aber ein Act, der lediglich zwiſchen den Eigenthümern des dienenden Grundſtücks vorgeht und in der äußern Geſtalt des letztern, wenn dies z. B. eine Wieſe iſt, nichts zu verändern braucht, — wie ſoll nun der Servitutberechtigte immer erfahren, daß und wie die dienende Sache getheilt iſt, daß er in Folge deſſen ſeine Servitut mehrfach üben kann, daß er ſie aber auch auf jeden Theil üben muß, wenn er ſie ſich ganz erhalten will? Grade da alſo, wo ihm die Theilung nachtheilig werden kann, weil er nichts davon erfährt, oder weil er ſein Recht aus ſonſt einem Grunde nur auf einem Theil üben kann, grade da iſt ihm der Vortheil, den ihm Celſus zuweißt, durchaus unzugänglich, und er hat nur Nachtheil von der Theilung, während er da, wo er ſich den Vortheil in ſeinem ganzen Umfange zu Nutzen machen kann, den Nachtheil durch eine Kleinigkeit, durch einmalige Vornahme einer einzelnen Gebrauchshandlung, beſeitigen kann. Alſo auch in dieſer Beziehung können wir der Entſcheidung des Celſus den ſingulären Charakter nicht abſprechen und möchten ſie daher nicht für geeignet halten, um daraus ein allgemeines Princip für das Verhältniß der Servitut bei Theilungen der dienenden Sache zu deduciren. In Ermangelung einer andern geſetzlichen Entſcheidung werden wir uns dies alſo ſelbſtändig aus der rechtlichen Natur der Servituten ableiten müſſen.

Wir haben aber ſchon früher ausgeführt, wie die Eigenthumsverhältniſſe einer Sache durchaus ohne Einfluß bleiben auf die darauf ruhenden Servituten, wie das, was für das Eigenthum als ein Grundſtück behandelt wird, bloß zu einem Theile mit einer Servitut belaſtet ſein kann, ſo daß alſo das, was mit Rückſicht auf dieſe als dienendes Grundſtück bezeichnet wird, andere Grenzen hat, wie jenes. Kann nun das Object der Servitut kleiner ſein, wie das des einzelnen Eigenthums, ſo iſt es nur conſequent, daß es auch größer ſein kann und aus mehreren Grundſtücken zuſammengeſetzt ſein darf, zumal die Theilung von Grund und Boden, und von der handeln wir zunächſt, die Beſchaffenheit deſſelben in nichts ändert, ſondern lediglich auf einer rechtlichen Fiction beruht. Im

Grunde iſt und bleibt die Erdoberfläche ein zuſammenhängendes, ununterbrochenes Ganze. Eine innere Nothwendigkeit iſt es alſo durchaus nicht, daß die Theilung die Servitut irgend berührt; nähme man dies dennoch an, ſo würde ohne Noth Dritten die Befugniß gegeben, über ein fremdes Recht zu verfügen, was möglichſt vermieden werden muß, und deßhalb müſſen wir zu dem Reſultat gelangen: Nach Theilung der dienenden Sache beſteht die Servitut nach wie vor als eine Einheit fort, ſo daß dieſelbe alſo durch Ausübung auf einem einzelnen Theile auf allen Theilen aufrecht erhalten wird und alle Theile insgeſammt nicht mehr belaſtet ſein dürfen, wie die ganze Sache es vor der Theilung war. Nur für den Uſusfruct gilt ein anderes Princip, indem in jener erſten Beziehung, die bei ihm allein in Frage kommt (ſ. S. 849), Pomponius in l. 25 quib. mod. ususfr. 7, 4 ſagt: Placet vel *certae partis*, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti. Dieſelben Gründe, welche die ganze Lehre von der Untheilbarkeit des Uſusfructs hervorriefen (§ 55 S. 542), führten auch zu dieſem Satz, indem es bei dem engen Anſchluß des Uſusfructs an das Eigenthum ungeeignet erſcheinen mußte, daß das Eigenthum für einen körperlichen Theil allein durch Verjährung verloren gehen konnte, der Uſusfruct aber nicht. Auf den Uſus darf man natürlich dieſe Regel nicht ausdehnen[f]).

Bleibt nun vom Uſusfruct abgeſehen die körperliche Theilung der belaſteten Sache ohne Einfluß auf die Servitut, ſo kann der Berechtigte auch nicht gezwungen werden, nunmehr, falls der Charakter der Servitut es erlaubt, eine verhältnißmäßige Repartition der Laſt auf alle Theile vorzunehmen, und bald hier, bald dort zu üben, vielmehr muß ihm, wenn ihm überhaupt von Anfang an

f) Auch nicht auf den Uſus an beweglichen Sachen, indem es keineswegs unmöglich iſt, daß ein und derſelbe Uſus an den mehreren Theilen beſteht, da auch von Anfang an ein und dieſelbe Perſonalſervitut an mehreren Sachen beſtellt werden kann. Genügt zur Zeit ein Theil, um das Bedürfniß des Uſuars zu befriedigen, ſo muß er ſich ja auch damit begnügen, und da wäre es doch höchſt unbillig, wenn ihm ſpäter, ſobald dieſer eine Theil nicht mehr hinreicht, und er deßhalb die übrigen Theile benutzen wollte, die Verjährung entgegen gehalten werden könnte.

die Wahl zugestanden worden ist, wo er die betreffenden Handlungen vornehmen will, und er darin durch den ausgesprochenen oder muthmaßlichen Willen der Constituenten in keiner Weise beschränkt worden ist, fortan auch freistehen, einen oder den andern Theil ausschließlich zu belasten, indem er z. B. als Weideberechtigter nur dahin sein Vieh treibt. Dieses anscheinend harte Princip wird sich in Wirklichkeit wesentlich dadurch mildern, daß seine Verpflichtung, civiliter zu üben, häufig schon vor der Theilung im Interesse der belasteten Sache von Zeit zu Zeit einen Wechsel des Platzes verlangen wird, — aber diesen Wechsel wird er doch nach der Theilung in keiner andern Weise und aus keinen andern Gründen vorzunehmen brauchen, wie vorher, und namentlich wird er den Einwand, daß sonst einer der Theilhaber mehr belastet würde, wie der andere, nicht zu berücksichtigen brauchen. Das verlangt nicht nur die juristische Consequenz, sondern häufig auch die Billigkeit; wer eine Weideservitut hat und nunmehr auf vier verschiedenen Grundstücken hüthen lassen muß, bedarf auch vier Hirten, wo seither einer genügt; wer zwischen vier Grundstücken wechseln muß, muß die etwaigen Vorrichtungeu, die er bedarf, auf allen vier Grundstücken anbringen, und muß mitunter auf das entfernteste wandern, während ihm das nächste denselben Dienst gewährte. Er würde also durch die Theilung schlechter gestellt, als wenn er die Servitut von Anfang an nur an einem einzelnen, etwa an dem ihm zunächst gelegenen Theil erworben hätte, während er doch lediglich um ein noch vortheilhafteres Recht zu haben, das ganze damals einheitliche Grundstück belastete und dabei im Sinne hatte, nur dann auf den entferntern Theilen zu üben, wenn die näher gelegenen vorübergehend oder für immer unbrauchbar wurden. — Allerdings kann der obige Satz bei manchen Servituten jede Theilung des dienenden Grundstücks im höchsten Grade unräthlich machen und so die freie Disposition über dasselbe factisch sehr beschränken, indem ja Keiner, der einen Theil erwirbt, wissen wird, was ihm dieser werth sein wird, da möglicher Weise ihn die ganze Last der Servitut treffen kann, und indem jeder dies fürchten muß, und seinen Theil daher möglichst niedrig anschlägt, wird die Summe des Werths aller Theile leicht weit geringer aus-

fallen, als der Werth des ungetheilten Grundstücks ist; allein dies ist eine nothwendige Consequenz der Belastung des Grundstücks.

Wenn nach dem Obigen der Servitutberechtigte die freie Wahl hat, wo er die Servitut üben will, und sich also der Ausübung auf einen Theil ganz enthalten kann, ohne deßhalb schon auf irgend etwas seines Ertrags zu verzichten, so folgt daraus, daß er auch da, wo er etwa einem Theilhaber verspricht, nicht mehr auf dessen Theil üben zu wollen, nicht genöthigt werden kann, die Nutzung nunmehr verhältnißmäßig zu beschränken, und ferner, daß er dies auch da nicht braucht, wo er für alle Zeiten einem Theil gegenüber auf die Ausübung verzichtet, also einen Theil der dienenden Sache von der Servitut befreit[g]), vorausgesetzt nur, daß auf den übrigen Theilen der Sache die Servitut in ihrem vollen Umfang in ordnungsmäßiger Weise geübt werden kann[h]). Eben so wenig ist unter dieser Voraussetzung die Servitutnutzung da zu mindern, wo ein Theil des Grundstücks untergegangen ist, und deßhalb die Servitut nicht mehr dort geübt werden kann. Denn wenn der Berechtigte schon vorher ermächtigt war, nur auf den andern Theilen zu üben, so war in so weit das Object seines Rechts durchaus nicht verändert, und dessen Ausübung nicht unmöglich geworden, und deßhalb ist kein Grund aufzufinden, um ihm diese Befugniß plötzlich zu beschränken. Wie aber gestaltet sich die Sache, wenn er einen Theil der dienenden Sache selbst erwirbt, und daran die Servitut durch Consolidation untergeht; ist er dann auch berechtigt, die ganze Last den andern Theilen aufzulegen? Wie wir oben schon ausführten, dient jeder Theil unter der Bedingung, daß nicht schon die Servitutbefugniß in ihrem ganzen Umfange auf den andern Theilen ausgeübt werde, und zwar müssen wir hinzufügen, auch als solche und kraft der Servitut, indem z. B. sonst der Innehaber einer Weideservitut, vermöge deren vier Stück Vieh aufgetrieben werden dürfen,

g) Vgl. l. 6 de serv. 8, 1.

h) Denn wenn der Eigenthümer des befreiten Theils zugleich auch Eigenthümer anderer Theile ist, wird mitunter aus den Umständen gefolgert werden können, daß der Berechtigte auch gleichzeitig auf einen entsprechenden Theil seiner Befugnisse ganz hat verzichten wollen; in solchem Fall wird dieser theilweise Untergang aber auch lediglich aus dem besonderen Verzicht herzuleiten sein.

dieſe nicht mehr üben könnte, ſobald er von einem der Innehaber eines Theils die Befugniß, eine eben ſo große oder größere Zahl aufzutreiben, gemiethet hätte und ſchon in Folge deſſen dort weiden ließe. Wie dieſe Beſchränkung ſchwerlich dem Willen der Conſtituenten entſpräche und die Freiheit des Verkehrs hinderte, ſo wird man folgerecht auch weiter zugeſtehen müſſen, daß die Handlungen, welche jemand als Eigenthümer eines Theils vornimmt, der Servitut gegenüber nicht in Anſchlag gebracht werden dürfen, und wer daher in dem erwähnten Beiſpiele den eigenen Theil benutzt, um dort vier und mehr Stück Vieh zu weiden, wird doch noch kraft der Servitut beanſpruchen können, vier Stück auf einem oder mehreren der andern Theile des dienenden Grundſtücks auftreiben zu dürfen. Eine entgegengeſetzte Auffaſſung würde nuch nur dahin führen können, daß ſich der Berechtigte auf den zum Eigenthum erworbenen Theil der Handlungen enthielte, zu welchen ihn die Servitut ermächtigt, und alſo ſeine Freiheit in der Wahl der Benutzungsweiſe beſchränkt würde; daß ſich die Servitutbefugniß ſchon alsbald mit dem Erwerb des Theils um eine Quote minderte, würde auch hier in keiner Weiſe zu erklären ſein.

Ueberſehen wir die hier gewonnenen Sätze, ſo kommen wir zu dem Reſultat, daß ſo lange die Ausübung der Servitut auf einem einzelnen Theile möglich iſt, ſie doch dort in vollem Umfange beſtehen bleibt, wenn auch die andern Theile aus irgend einem Grunde von der Servitutenlaſt frei werden. Iſt die Servitut nur noch in beſchränkter Weiſe, aber doch zum Nutzen des Berechtigten und dem wahrſcheinlichen Willen der Conſtituenten entſprechend auszuüben, ſo mindert ſie ſich natürlich bis zu dieſem Belaufe.

Regiſter.

(Die Zahlen bezeichnen die Seite).

Acceſſionen der dienenden Sache 213 f.
Accessus 404.
Accrescensrecht 620. 727 ff.
— beim Legat einer habitatio 637.
Actio ad exhibendum 804.
— aquae pluviae arcendae 814 ff.
— arborum furtim caesarum 811.
— communi dividundo 549. 814.
— de servo corrupto 812.
— finium regundorum 813. 816.
— in factum ob mortuum illatum 812.
— legis Aquiliae des Servitutberechtigten 68. 811 ff.
Actus 209. 389 ff. 396.
— sine itinere 390 ff.
Ademtion eines Servitutenlegats 721.
Adminicula 215 ff. 718.
Aditus 403.
Adiudicatio 108. 734 ff.
Adventitien 567 ff.
Affirmative Servituten 30.
Afterservituten 257.
Alimente 631 ff.
Altius non tollendi s. 40. 439 ff. 778. 787. 863. 839.
Altius tollendi s. 346 ff. 365.
Ambitus 403. 420.
Aquaeductus s. 135. 158 ff. 165. 178. 207 ff. 264. 333 ff. 404 ff.
Aquaehaustus s. 135. 164. 360. 412 ff. 776.
Aqua viva 161 ff. 825.
Arenae fodiendae s. 160. 375. 417.
Außerordentliche Erſitzung 749.

Bedingungen im Servitutenrecht 176 ff. 198.
Beweisthemata in Proceſſen über Servitutenerſitzung 751.
Bonae fidei possessor beſtellt Servituten 693.
— erwirbt Realſerv. 696.
Bonitariſcher Eigenthümer beſtellt Serv. 693.

Calcis coquendae s. 417.
Capitis deminutio 194. 724. 790 ff.
Caput aquae 407 ff.
Cautio damni infecti 58. 412. 429 f. 480. 485. 513. 524 ff. 824. 826. 829. 838.
Caution des Innehabers einer habitatio 637.
— des Innehabers von operae servorum 643.
— im Servitutenproceß 807.
Cautio quasi usufructuaria 581 ff.
— usuaria 621.
— usufructuaria 451 ff. 551 ff. 570 ff.

Cloacae s. 497 f. 827.
Communes res omnium. Serv. daran 124.
Communi dividundo iudicium zwiſchen mehreren Servitutberechtigten 73. 223. 411. 551. 620.
— zwiſchen mehreren Nutzungsberechtigten 547 ff.
Communion zwiſchen Servitutberechtigten 103.
Communion zwiſchen Uſufructuaren 507.
Condiction der uſufructuariſchen Caution 525. 564 ff. 587 ff.
Condictio incerti zur Erzwingung der Servitutbeſtellung 713.
Confeſſoriſche Klage 797 ff.
Confusio 765 f. 866.
Consolidatio 765.
Cretae eximendae s. 160. 417.

De prospectu s. 443.
Dereliction von Serv. 349. 766 f.
Dies cedens bei Legaten von Perſonalſerv. 723 ff.
Dominium servitutis 37.
Dotalbeſtellung durch Hingabe eines Uſusfructs 247 f. 255. 714.

Eigene Sachen und Servituten 88. 125 ff.
Emphyteuſis Gegenſtand eines Uſusfructs 601.
— verglichen mit den Servituten 298 ff.
Emphyteuta, beſtellt Serv. 692.
— deſſen Recht auf beſtehende Serv. 110. 801.
— erwirbt er die Freiheit von der Serv. 769.
— erwirbt Realſerv. 695.
Erben, eventuelle Perſonalſerv. zu ihren Gunſten 119 ff.
Erſitzung der Serv. 737 ff. 651 f.
Extinctivverjährung der Serv. 357 ff. 653 f.

Falcidiſche Quart bei Servitutenlegaten 721 f.
Fiducia an Serv. 322 f.
Flamen 156.
Fluminis s. 435 f.
— non avertendi s. 156. 166.
Fruchterwerb des Uſufructuars 44. 300.
Fructus 455.
— civiles 495.
— einer Serv. 808.
— sine usu 187 f.
Fumi immittendi s. 437.

Gemeinſame Sachen. Serv. daran 127 ff.
Geſetzliche Eigenthumsbeſchränkungen 29: ff.
— Verpflichtung zur Servituterrichtung 715. 736.
Geſetzlicher Uſusfruct 260 ff. 313. 567 ff.

Habitatio 625 ff. 764.
Hauskinder, Perſonalſerv. derſelben 113 ff.
Herrenloſe Sachen 29. 752.
Herrſchende Sache, Bedeutung derſelben 94 ff.
Holzſervitut 144.

In iure cessio zur Servituterrichtung 228 ff. 697 f.
— zur Aufhebung von Serv. 258. 349. 766 f.
Impensae ſiehe Verwendungen.
Interdictum de aquae aestiva 656 ff. 817 ff. 822.
— de aqua quoditiana 856 ff. 817 ff. 822.
— de arboribus caedendis 813.
— de cloacis 656. 827.
— de fonte purgando 656 ff. 817 ff. 825.
— de glande legenda 815.
— de itinere actuque privato 656 ff. 817 ff. 822.
— de itinere actuque reficiendo 825.
— de opere restituendo 836.
— de precario 291. 846.
— de rivis 656 ff. 817 ff. 823.
— quod legatorum 723.

Interdictum quod vi aut clam 472. 818. 827. 832 ff. 843 f.
— Unde vi 688 f. 830 ff. 842 ff.
— Uti possidetis 278. 670. 830 ff. 833 ff. 842 ff.
Irreguläre Perſonalſerv. 198.
Iter 209. 387 ff. 396.
— aquae 209. 404.
— publicum 286.

Jagdſerv. 150.
Juriſtiſche Perſonen. Perſonalſerv. derſelben 115.

Kauf von Serv. 663 ff.
Kloaken, öffentliche 271. 278. 285.

Ländliche Serv. 316 ff. 785 f. 836 f.
Laesio enormis beim Kauf eines Uſusfructs 251.
Lapidis eximendi s. 160. 283. 375. 417.
Legatſerv. 293. 736.
Legat der Freiheit von Serv. 771.
— eines Uſusfructs und Quaſiuſusfructs 588 ff. 792 ff.
— von Serv. 217. 247. 717 ff.
Legis actio sacramento 797.
Lex Scribonia 360. 381. 651.
— servitutis 56. 350.
Longi temporis praescriptio 787 ff.
Lucra nuptialia 575.
Lumina 440.
Luminibus officiendi s. 346.
Luminum s. 444.

Machinam alligandi s. 434.
Mancipation von Serv. 193. 697 f.
Mancipi res 12 ff.
Manumiſſion eines im Uſusfruct ſtehenden Sklaven 30.

Nachbarſchaft der herrſchenden und dienenden Grundſtücke 166 ff. 786 ff.
Negative Serv. 30. 45. 105. 128. 150. 169 f. 680 f. 690 f. 777. 798. 831. 849.
Negatoriſche Klagen 799.
Ne luminibus officiatur s. 439 ff.
Ne prospectui officiatur s. 440 ff.
Nichtgebrauch der Serv. ein Erlöſchungsgrund 101. 210. 357 ff. 772 ff. 848 ff.
Nominis ususfructus 596 ff.
Nothweg 715.
Noxae deditio des uſufructuariſchen Sklaven 77. 512 ff.
Noxalklagen des Uſufructuars 69.
Nützlichkeit der Realſerv. 138 ff. 786 ff.

Occupation von Serv. 7. 752 ff.
Oneris ferendi s. 55 ff. 178. 428. 430 ff. 806. 839.
Operae servorum vel animalium 639 ff. 764.
Operis novi nuntiatio 824. 835 ff. 842 ff. 847.
Optimus maximus fundus 38.

Pactiones de servitute constituenda 710 ff.
Pactiones erzeugen Serv. 699 ff.
Paries communis 420 ff.
Partus ancillae 214. 498.
Pascendi s. ſiehe Weideſerv.
Pecoris ad aquam appulsus s. 416 f.
Perception der Früchte durch den Uſufructuar 488 ff. 500.
Perpetua causa 57. 151 ff. 174. 825.
Perſonalſervituten. Begriff 112 ff. Arten 184 ff. Beſchränkungen 189 ff. 204. Legate derſelben 723 ff. Eigenthümliche Erlöſchungsarten 790 ff.
Petitio servitutum 800.
Pfandgläubiger hat eine vindicatio servit. utilis 110. 801.
Pfandrechte im Verhältniß zu jüngern Serv. 79 f.
Pfandrecht verglichen mit Serv. 297 f.
Poſitive Serv. 30. 171.
Postliminium 736.
Prädialſerv. 101.
Praetorio officiendi s. 363.

Prätoriſche Serv. 268. 707. 787.
Precarium 289 ff. 747. 777. 846.
Prohibitio 827. 833.
Prohibitoriſche Formel 460. 799.
Proiiciendi s. 433 f.
Prospiciendi s. 444.
Protegendi s. 85. 210. 433. 650.
Provincialſerv. 698 ff. 708 f.
Publicae res. Serv. daran 124. 175. 267 ff.
Publiciana actio zum Schutz von Serv. 668. 710. 805.
Publicus usus 281.

Quaſipoſſeſſio 39. 647 ff. 817 f.
Quaſitradition 39. 663 ff. 676. 707 ff.
Quaſiuſusfruct 257. 578 ff.

Realſervituten, Namen 20 f. Begriff 93 ff. Beſchränkungen 138 ff. 204. Unveräußerlichkeit 220.
Religioſität des dienenden Grundſtücks 74. 128 f.
Remiſſion der Serv. 703.
Reparatur der Vorrichtungen für Serv. 55.
Retention von Serv. bei Veräußerungen 139. 167. 712 f.
Retinere servitutem 654.
Rivales 410.
Rustica praedia 317.

Sacrae und sanctae res. Serv. daran 123.
Servituten. Geſchichte 19 ff. Namen 20 ff. Begriff 29 ff.
Silva caedua 483 f. 488. 494.
Sklaven im Uſusfruct 77. 463. 475. 498 ff. 506 f. 512 ff.
Städtiſche Serv. 316 ff. 785. 830 f. 835 f.
Stillicidii s. 354. 435 f.
— non avertendi s. 156 f. 166.
— non recipiendi s. 355.
Stillicidium 156. 281.
Stillſchweigende Servitutenrichtung 128. 713. 718 f.
Stipulationen bei Errichtung von Serv. 699 ff.
Succeſſive Perſonalſerv. 194. 724. 793.
Superficiar errichtet Serv. 266. 692.
— hat Anſpruch auf Serv. 801.
Superficies Gegenſtand des Uſusfructs 601.
— verglichen mit Serv. 308.

Tacita serv. 215.
Theilbarkeit der habitatio 637.
— der operae 643.
— der Realſerv. 108. 542. 771. 778. 848.
— des Uſusfructs 128. 250. 507. 542 ff.
Theilung der dienenden Sache 91. 759. 848 ff.
— der herrſchenden Sache 103 ff. 784.
Tigni immittendi s. 40. 430 ff. 650. 773. 839.

Umgeſtaltung der dienenden Sache 759 f.
— der herrſchenden Sache 785 f.
Untergang der dienenden Sache 758 f.
— der herrſchenden Sache 785.
Untheilbarkeit der auf Servitutbeſtellung gerichteten Obligationen 715.
— der Serv. 91. 128. 130. 252. 352. 542 ff. 689 ff. 694. 719 f. 722 f. 765. 771. 778. 803.
Unveräußerlichkeit der Serv. 220 ff.
Unvordenkliche Verjährung von Serv. 750.
Urbana praedia 317 f. 382.
Usucapio libertatis 357 ff. 638 f. 776 ff.
Uſucapion von Serv. 651 ff.
Uſufructuar, deſſen Recht auf die Serv. 110. 801.
Uſus, Name 18. 603. ff. Bildung 186 f. Unveräußerlichkeit 221 f. Theorie 602 ff. Untergang 764.

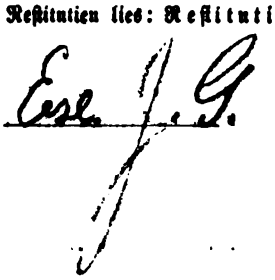
Usufruct. Geſchichte 10 ff. 433 ff. 448 f. Name 18. 449. Uebertragbarkeit 226 ff. 861. Theorie 439 ff. Quaſibeſitz 661 f. 674 f.
Untergang 760.

Veränderungen ſiehe Umgeſtaltung.
Veräußerung des Nutzfructs 226 ff. 561.
— der Obligation auf einen Usufruct 717.
Verjährung von Serv. 357 ff. 653 f. 772 ff.
Vermiethung des Usufructs 256.
Verpfändung der Realſerv. 321 ff.
— des Usufructs durch den Eigenthümer 712.
— des Usufructs durch den Usufructuar 241 ff. 255.
Verwendungen des Eigenthümers auf die uſufructuariſche Sache 506 ff. 512.
— durch den Usufructuar 533 ff.
Verzicht auf Serv. 348 ff. 766 ff. 868.
Via 209. 386. 393 ff.
Via publica 287.
Vindicatio servitutum 800.
Vitia possessionis in Anwendung auf den Servitutenbeſitz 665. 745 f. 889 f.
Viva aqua 161 ff. 825.

Waſſerinterdicte 656 ff. 817 ff.
Waſſerleitungen öffentliche 271. 280. 285.
Waſſerſerv. Geſchichte 9 ff. Einheit mehrerer 82. 86. Umfang 145 ff. perpetua causa 161 ff. Verpfändbarkeit 330. Untergang durch bloßen Nichtgebrauch 359 ff. 772 ff.
Wegebauinterdict 825.
Wegeinterdicte 656 ff. 817 ff. 845.
Wegeſerv. Geſchichte 1 ff. Einheit mehrerer 86. 788. Vorausſetzung hinſichtlich der Nützlichkeit 142. Hinſichtlich der Nachbarſchaft 173 ff. Feſtſtellung des Wegs 207 ff. 850 Verpfändbarkeit 332. Untergang durch bloßen Nichtgebrauch 359 ff. 772 ff. Die einzelnen Arten 386 ff.
Weg zum Grabmal 58. 772.
Weideſerv. 143. 168. 211. 223. 414.
Widerruf der Legate von Serv. 721.

Zeitbeſtimmungen bei Serv. 176 ff. 193 ff.

Berichtigungen.

Seite 4 Anm. c. Zeile 13 von oben ſtatt: S. 15 lies: S. 157.
„ 4 Anm. c. Z. 16 von oben ſtatt: umbitus lies: ambitus.
„ 4 Anm. *) ſtatt: servirent lies: servierint.
„ 11 Z. 11 v. o. ſtatt: Realſervituten lies: Ruſticalſervituten.
„ 20 Z. 7 v. o. ſtatt: können lies: könne.
„ 24 Z. 16 v. o. ſtatt: 8—15 lies: 8, 5.
„ 24 Anm. e. Z. 2 v. u. ſtatt: S. P. T. lies: S. P. U.
„ 31 Anm. d. Z. 1 v. o. ſtatt: de S. P. 4. 8, 2 lies: de S. P. U. 8, 2.
„ 46 Z. 9 v. o. ſtatt: altius tollendi lies: altius non tollendi.
„ 57 Z. 10 v. o. ſtatt: servisset lies: cavisset.
„ 64 Z. 8 v. u. ſtatt: und der er lies: und den er.
„ 72 Z. 9 v. u. ſtatt: et aq. quot. lies: et aq. pluv. arc.
„ 77 Z. 7. v. o. ſtatt: des publicare lies: das publicare.
„ 86 Z. 13 v. o. ſtatt: dem die lies: denen die.
„ 88 Z. 14 v. u. ſtatt: ad quam lies: ad quem.
„ 91 Z. 19 v. o. ſtatt: Verrichtung lies: Vorrichtung.
„ 108 Z. 2 v. u. ſtatt: l. 10 § 4 lies: l. 19 § 4.
„ 114 Z. 5 v. o. ſtatt: nach deſſen Tod lies: noch deſſen Tod.
„ 115 Anm. f. ſtatt: das folgern Gegentheil lies: folgern das Gegentheil.
„ 116 Anm. i. Z. 2 v. o. ſtatt: de leg. 33. II. 31 lies: de leg. II. 31.
„ 120 Z. 3 v. o. ſtatt: Honorirung non personae lies: Honorirung von personae.
„ 120 Anm. v. Z. 4 und Z. 8 v. o. ſtatt: Legator lies: Legatar.
„ 126 Z. 1 v. u. ſtatt: Eigenthümer lies: Ehemann.
„ 137 Z. 13 v. u. ſtatt: und ſo lies: und ſie ſo.
„ 147 Z. 14 v. u. ſtatt: in an gleichen lies: in gleichen.
„ 160 Z. 12 v. u. ſtatt: Scherſte lies: Sicherſte.
„ 176 Z. 10 v. u. ſtatt: dieſe Quelle lies: dieſe Stelle.
„ 176 Anm. r. Z. 1 v. o. ſtatt: Bachmannſche lies: Lachmannſche.
„ 201 Anm. e. Z. 2 v. u. ſtatt: avas lies: uvas.
„ 207 Z. 15 v. o. ſtatt: abhäng lies: abhängig.

Seite 230 Z. 1 v. u. ſtatt: nur lies: nun.
„ 243 Z 2 v. u. ſtatt: Uebertragbarkeit dinglichen Rechts lies: Uebertragbarkeit des dinglichen Rechts.
„ 246 Z. 1 v. o. ſtatt: vielleicht nicht auch lies: vielleicht auch.
„ 248 Z. 12 v. o. ſtatt: expedituis lies: expeditius.
„ 278 Z. 6 v. u. ſtatt: Ulpian lies: Paulus.
„ 306 Anm. y. ſtatt: iherüber lies: hierüber.
„ 338 Z. 10 v. u. ergänze hinter pecuniam: neque solutam.
„ 340 Z. 18 v. o. ſtatt: vindicatio utilis lies: vindicatio directa.
„ 344 Z. 10 v. u. ſtatt: vermochte lies: vermochten.
„ 364 Z. 7 v. u. ſtatt: dem Rechte nach lies: dem Rechte noch.
„ 367 Z. 2 v. o. ſtatt: daß ſie lies: da ſie.
„ 369 Z. 12 v. o. ſtatt: ein unüberwindliches lies: kein unüberwindliches.
„ 373 Anm. hh. ſtatt der genannten Stellen: L. 4 § 27 de usurp. 41, 3.
„ 374 Z. 7 v. o. hinter Servituten ergänze: durch Nichtgebrauch.
„ 374 Z. 13 v. o. hinter aquaeductus ergänze: und aquaehaustus.
„ 385 Anm. a. Z. 2 v. u. ſtatt: hiſtoriſcht lies: hiſtoriſch.
„ 389 Z 12 v. o. ſtatt: Willen lies: Willen.
„ 406 Anm. f. Z. 1 v. u. ſtatt: qu a viva lies: aqua viva.
„ 476 Z. 17 v. o. ſtatt: und der ihr lies: und den ihr.
„ 528 Z. 4 v. u. ſtatt: dennoch lies: demnach.
„ 581 Z. 14 v. u. ſtatt: fungibiles lies: fungibiles und ſtatt: einzelnen lies: einzelne.
„ 592 Z. 15 v. u. ſtatt: Geldwechſer lies: Geldwechsler.
„ 613 Z. 9 v. u. ſtatt: Inquilim lies: Inquilien.
„ 618 Z. 1 füge als Anmerkung hinzu: L. 5 § 2, l. 10 § 1 de usufr. ear. rer. 7, 5.
„ 628 Z. 2 v. u. ſtatt: ein bringliches lies: ein dingliches.
„ 631 Z. 9 v. o. ſtatt: den Uſus lies: die habitatio.
„ 684 Z. 4 v. o. ſtatt: im correcten lies: im concreten.
„ 711 Z. 4 v. o. ſtatt: auch die eine lies: auch eine.
„ 734 Anm. c² ſtatt: 7, 2 lies: 7, 4.
„ 808 Z. 7 v. o. ſtatt: Reſtitutien lies: Reſtitution.